This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

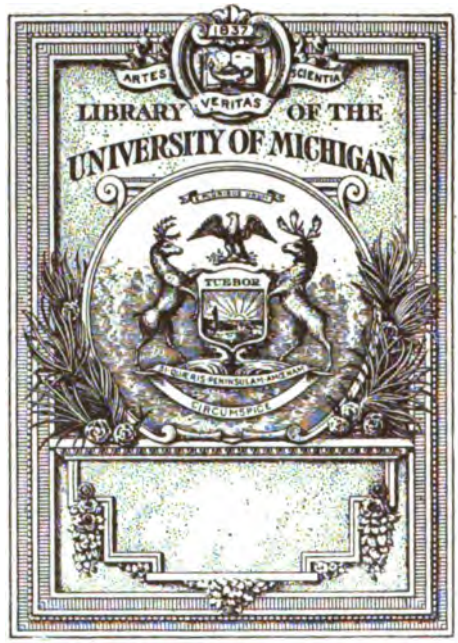
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.


1837
ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
CIRCUMSPICE

350.937
V89j

Die Lehre

vom

jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer.

Von

Dr. Moritz Voigt,

Privatdocenten an der Universität Leipzig.

Leipzig,

Voigt & Günther.

1856.

Sr. Excellenz

dem Herrn

Dr. Ludwig Carl Heinrich Freih. von der Pfordten,

Königlich Bayerischen Staatsrathe in ordentlichen Diensten, Staatsminister des Königlichen Hauses und des Aeußern, Vorsitzendem im Ministerrathe, Großkreuze ꝛc. ꝛc. ꝛc.

meinem academischen Lehrer

in Ehrerbietung und Dankbarkeit

gewidmet.

339865

Inhalt.

Seite

Einleitung und Plan des Werkes 1

Erste Periode.

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium im Zeitalter Cicero's.

Erstes Capitel.

Aequitas.

Erste Abtheilung.

Begriff der Billigkeit und aequitas im Allgemeinen.

§. 1. Begriff der Billigkeit 11
§. 2. Historisch gegebene Stellung der Billigkeit im Allgemeinen zum Rechte 18
§. 3. Stellung der deutschen Billigkeit zum Rechte 22
§. 4. Stellung der römischen aequitas zum jus 24
§. 5. Besondere Erscheinungsformen der römischen aequitas . . . 30

Zweite Abtheilung.

Aequitas im Zeitalter Cicero's.

§. 6. Aequitas im Allgemeinen 34
§. 7. Vulgäre aequitas 35
§. 8. Wissenschaftliche aequitas 39
§. 9. Fortsetzung (Das durch die wissenschaftliche aequitas vertretene Rechtsprincip) 43
§. 10. Fortsetzung. (Nähere Belege für die wissenschaftliche aequitas) 47
§. 11. Fortsetzung. (Wissenschaftliche aequitas im Processe des A. Caecina wider den Sex. Aebutius) 52
§. 12. Resultat 59

Zweites Capitel.

Jus gentium.

§. 13. Wesen des jus gentium im Allgemeinen 64
§. 14. Jus gentium und jus civile 67
§. 15. Resultat 71

Drittes Capitel.

Jus naturale.

§. 16. Einleitung 76

Erſte Abtheilung.

Die Lehre vom jus naturale in der griechiſchen Philoſophie.

Seite

§. 17. Die älteſte Philoſophie Griechenlands 81
§. 18. Pythagoräer. Empedocles 84
§. 19. Fortſetzung 91
§. 20. Sophiſten. Socrates 95
§. 21. Cyrenaiker, Skeptiker, Cyniker, Megariker 99
§. 22. Plato 103
§. 23. Fortſetzung 109
§. 24. Ariſtoteles 113
§. 25. Fortſetzung 123
§. 26. Epikur 129
§. 27. Stoiker 133
§. 28. Fortſetzung 140
§. 29. Die ſpäteren Academiker 143
§. 30. Reſultat 146
§. 31. Fortſetzung 151
§. 32. Fortſetzung 159
§. 33. Fortſetzung 165
§. 34. Fortſetzung 168

Zweite Abtheilung.

Die Lehre Cicero's vom jus naturale.

§. 35. Stellung der Philoſophie Cicero's im Allgemeinen 176
§. 36. Grundlagen der Ethik Cicero's 179
§. 37. Lex naturae 185
§. 38. Jus naturale 192
§. 39. Jus civile 197
§. 40. Reſultat 203
§. 41. Fortſetzung 208

Viertes Capitel.

Gegenſeitiges Verhältniß von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium.

§. 42. Verhältniß zwiſchen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium nach Cicero 213
§. 43. Stellung der Jurisprudenz zu der Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium 220

Zweite Periode.

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium bis zum Verfall der römiſchen Rechtswiſſenſchaft.

Erſtes Capitel.

Einfluß der Philoſophie auf die römiſche Rechtswiſſenſchaft.

§. 44. Einfluß der Philoſophie im Allgemeinen auf das geiſtige Leben Rom's 229
§. 45. Einfluß des Lehre vom jus naturale auf das geiſtige Leben Rom's 234

Seite

§. 46. Fortsetzung (Lehre von der societas hominum) 237
§. 47. Fortsetzung (Die Lehre vom jus naturale in der römische Wissenschaft im Allgemeinen) 242
§. 48. Die Lehre vom jus naturale in der römischen Philosophie . 246
§. 49. Einfluß der Philosophie auf die römische Jurisprudenz . . 250
§. 50. Fortsetzung 255
§. 51. Fortsetzung 261

Zweites Capitel.

Jus naturale.

§. 52. Jus naturale im Allgemeinen 267
§. 53. Lex naturae.
§. 54. A. Nach Gaius und Paulus 270
B. Nach Marcianus 275
§. 55. Jus naturale des Gaius, Paulus und Marcian 278
§. 56. Lex naturae und jus naturale Ulpian's 286
§. 57. Fortsetzung 292
§. 58. Jus civile 297
§. 59. Verhältniß des jus naturale zum jus civile 303
§. 60. Verhältniß des jus naturale zum jus gentium 310
§. 61. Verhältniß des jus naturale zum aequum et bonum . . 316
§. 62. Resultat 324
§. 63. Fortsetzung 332
§. 64. Fortsetzung 336

Drittes Capitel.

Aequitas.

§. 65. Aequitas im Allgemeinen 345
§. 66. Die von der aequitas vertretenen Rechtsprincipien 348
§. 67. Besondere Erscheinungsformen der aequitas 355
§. 68. Terminologie 357
§. 69. Verhältniß der aequitas zu dem jus naturale 364
§. 70. Belege 368
§. 71. Fortsetzung 371
§. 72. Fortsetzung 373
§. 73. Fortsetzung 374
§. 74. Fortsetzung 378
§. 75. Bedeutung der aequitas für das jus 380
§. 76. Fortsetzung 386
§. 77. Strictum jus 391
§. 78. Resultat 396

Viertes Capitel.

Jus gentium.

§. 79. Merkmale des jus gentium im Allgemeinen 399
§. 80. Jus commune omnium hominum 403
§. 81. Jus quo omnes gentes utuntur 408
§. 82. Jus quod naturalis ratio constituit 413
§. 83. Jus civile 416
§. 84. Resultat 421
§. 85. Fortsetzung 426
§. 86. Fortsetzung 431

Seite
§. 87. Fortsetzung 438
§. 88. Fortsetzung 442

Fünftes Capitel.

Gegenseitiges Verhältniß von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium.

§. 89. Verhältniß zwischen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium nach Marcianus 446
§. 90. Verhältniß zwischen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium nach Paulus 451
§. 91. Verhältniß zwischen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium nach Gaius 455
§. 92. Verhältniß zwischen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium nach Ulpianus 457
§. 93. Resultat 461
§. 94. Fortsetzung 466
§. 95. Fortsetzung 470
§. 96. Fortsetzung 474

Dritte Periode.

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium bis zum Zeitalter Justinian's.

§. 97. Jus naturale, aequum et bonum u. jus gentium im Allgemeinen 479
§. 98. A. Constitutionen der Kaiser: Jus naturale 483
§. 99. Aequitas 490
§. 100. Verhältniß zwischen jus naturale und aequum. Jus gentium 500
§. 101. B. Institutionen und Digesten Justinian's 503
§. 102. C. Paraphrase des Theophilus 515
§. 103. Resultat 521

Beilagen.

I. Ueber den rechtsphilosophischen Begriff der aequitas bei Cicero 529
II. Ueber Cicero de Officiis III, 17, 68. 69. 542
III. Ueber die Begriffe von natura und naturalis in den juristischen Quellen 547
IV. Ueber den Begriff von ratio in den juristischen Quellen . . 558
V. Palingenesie des Tit. J. de jure naturali, gentium et civile (1, 2.) und Restitution des lib. 1. Institutionum Marcian's . . . 566
VI. Ueber die Quellen von Isidor's Origines V, 4. 576
VII. Ueber bona fides, bonae fidei judicium, bonus vir, bonus judex, boni viri und judicis arbitrium, recte, dolus malus, doli mali exceptio und ähnlich, und deren Beziehung zur aequitas 583
VIII. Ueber den Dositheus 617

Einleitung und Plan des Werkes.

Drei Gegensätze sind es, welche als die bestimmenden Basen im Bildungsprocesse des römischen Rechtes durchgreifend sich offenbaren, und auf die sonach jede rechtswissenschaftliche Forschung in letzter Instanz mit innerer Nothwendigkeit hingeleitet wird: Die Gegensätze von jus naturale und jus civile, von aequum et bonum und strictum jus, von jus gentium und jus civile. Sie bilden den Stoff des gegenwärtigen Werkes.

Jene Gegensätze bieten der Anschauung eine doppelte Seite ihres Wesens dar: die Vorstellung und den Begriff, der in ihnen herrschend sich offenbart; und die Rechtsmaterie selbst, welche vom leitenden Grundbegriffe umschlossen wird; dieses die bestimmte Substanz, jenes der bestimmende Gedanke. Beide Beziehungen sind bei einer wissenschaftlichen Erörterung jener Gegensätze möglichst streng zu scheiden, weil nur auf diesem Wege die unheilvollsten Irrthümer vermieden werden können und eine fruchtbringende Einsicht in das Wesen jener Gegensätze möglich ist. Hierdurch bedingt, zerfällt daher das gegenwärtige Werk in zwei große Hauptparthieen, deren jede durch das Eine jener beiden Elemente gegeben ist.

Die eine dieser beiden Parthieen umfaßt die jenen Begriffen untergeordnete Rechtsmaterie in ihrer durch historische Entwickelung und Fortbildung gegebenen, successiv verschiedenen Formation. Sie erfüllt den Raum des zweiten und dritten Theiles, der, rein rechtsgeschichtlicher Natur, das jus gentium und aequum et bonum behandelt, während das jus naturale einer besonderen Darstellung nicht weiter bedarf.

Die andere jener Parthieen wird gegeben durch die Wesenbestimmung jener Gegensätze an sich. Bei der durch diesen Standpunkt bedingten Anschauung des Objectes bietet sich aber dem forschenden Auge das Bild einer mehrfältigen innigen Verschlingung der obigen drei Begriffspaare, die theilweis sogar bis zu einem solchen Grade sich steigert, daß einzelne jener Begriffe geradezu für identisch erklärt werden. Dieses namentlich bei den Pandectenjuristen zu Tage tretende Verfahren widerstreitet jedoch bei einem prüfenden Eindringen in das Wesen der gegebenen drei Begriffsgruppen mehrfach den Gesetzen des materialen wie formalen Denkens, daher vor Allem jene künstliche, auf einem falschen Schein beruhende, irrige Identität zu zerstören, in analysirender Weise die Selbstständigkeit der betreffenden Begriffe herzustellen und die totale Verschiedenheit des Inhaltes derselben darzulegen, die theilweise Fremdartigkeit des unter ihnen begriffenen Stoffes andeutungsweise hervorzuheben ist.

Jene Wahrnehmung indeß, wie bei offener Unzuständigkeit und bei nahe tretender Inconsequenz jene innere Verbindung von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium, wie andrerseits von deren Gegensätzen von hochbegabten Trägern der Rechtswissenschaft aufrecht erhalten und vertreten wird, weist andrerseits gleichzeitig darauf hin, daß jene fehlerhaft festgestellte Verknüpfung nicht ein unbeachtliches Product willkührlicher Ideencombination sei, sondern daß eben nur die Modalität jener Verknüpfung irrig, dagegen irgend welches andere Centrum gegeben sei, in welchem jene Begriffe in letzter Instanz zusammenlaufen und die zerstörte Einheit mit höherer objectiver Wahrheit sich wieder herstellen läßt.

So umfaßt auch diese zweite Parthie unseres Werkes wiederum ein doppeltes Material: Das rein historische, gegeben durch die Erforschung jener Lehrbegriffe an sich, wie durch die Untersuchung und Prüfung der von dem Alterthume selbst festgestellten Wesenbestimmungen und gegenseitigen Beziehungen dieser Begriffe; und das historisch-speculative, gegeben durch die Erwägung der thatsächlichen und wirklichen gegenseitigen Beziehung jener Lehrbegriffe; jenes das dogmengeschichtliche

Element, welches den gegenwärtigen ersten Theil erfüllt; dieses der Stoff einer abstrahirenden Erwägung des Ganges der historischen Rechtsbildung, welche als Schlußstein des Ganzen den vierten Theil in Anspruch nimmt.

Indem wir nun den Blick dem gegenwärtigen ersten Theile insbesondere zuwenden, so erkennen und vermeiden wir zwei Fehler, die unabwendbar zu den gröbsten Irrthümern führen müssen: die Vernachlässigung der Beachtung der successiven, wie der simultanen Begriffsformationen. Die erste Rücksicht verbietet, den Zeitraum, innerhalb dessen die hier fraglichen Begriffe den Geist der Wissenschaft bewegten, als ein einheitliches Ganze aufzufassen, welches in allen seinen Zeittheilen von der nämlichen Vorstellung geleitet sein sollte. Solcher Voraussetzung würde widerstreiten jenes psychologische Gesetz, daß der Geist des Menschen, wie der Menschheit nur zögernd und nur allmählig bis zu einer bestimmten Begriffsgestaltung sich durcharbeitet und daß die jeweilig herrschende Auffassung stets das Resultat eines voraufgängigen Bildungsprocesses ist. Schon ein nicht allzu tiefes Eindringen in die Reste der Ciceronianischen Literatur überzeugt aber, daß zwischen dem Standpunkte der ausgehenden Republik und dem Zeitalter der Pandectenjuristen eine wesentliche Meinungsverschiedenheit obwaltete, und daß z. B. die Werke Cicero's auf eine genetische Verschiedenheit der Begriffe des jus naturale und jus gentium deutlich hinweisen, somit aber darauf hinführen, daß die Verbindung beider Begriffe ein Werk späterer Zeiten ist.

Die Beachtung der simultanen Mannichfaltigkeit verbietet insbesondere, lediglich unter Anerkennung einer zweifachen Gestaltung des Begriffes des jus naturale die Vorstellungen der römischen Juristen als den Guß aus Einer großen Form aufzufassen [1]), hiermit aber die Erwägung aus den Augen zu setzen,

1) Eine anerkennende Erwähnung verdient Savigny, der in seinem System, Beilage I. diesen Moment schärfer in's Auge faßte, als irgend einer seiner Vorgänger und Nachfolger. Da jedoch Savigny's Standpunkt der dogmatische war, so hat die rein rechtshistorische Forschung nach jener Richtung hin seinem Auge sich mehr entzogen. Ein längeres Verweilen bei dem angeschauten Gegenstande würde denselben unzweifelhaft zu der Erkenntniß geführt haben, wie die vermeinte Uebereinstimmung eines

wie es dem forsch- und zweifelsüchtigen Geiste der Menschen widerstrebt, auf dem Gebiete speculativer und abstrahirender Betrachtung in compacter Uebereinstimmung vorwärts zu schreiten, und in einheitlicher Bewegung ebenmäßigen Schritt zu halten, wie gleichen Weg zu verfolgen. Und auch hier lehrt eine Betrachtung der Quellen, die sich fern hält von jener Voreingenommenheit, welche durch eine uns traditionell gewordene Anschauung bedingt ist, daß insbesondere bezüglich des jus naturale innerhalb jener Duplicität dieses Begriffes keineswegs die Harmonie der Ansichten obwaltet, welche man nach der Verbindung ihrer Lehren zu dem einheitlichen Ganzen des corpus juris vorauszusetzen vielleicht berechtigt ist.

Um jenen ersten Fehler zu vermeiden, wird die nachstehende Untersuchung nach Perioden ihre Betrachtung fixiren, deren erste mit dem Zeitalter Cicero's, also der ausgehenden Republik, deren zweite mit dem Ersterben der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts und zwar in der Mitte des 3. Jahrhunderts n. Chr., also mit Philippus Arabs, deren dritte endlich mit Justinian abschließt. Dagegen wird andrerseits die Betrachtung der Schicksale der erörterten Begriffe auf römischem Boden erst da einsetzen, wo die letzteren eine urkundliche Beglaubigung erhalten, und diesen Zeitpunkt bildet wiederum im Wesentlichen das Zeitalter Cicero's. Zwar umschließt diese Gränzbestimmung nicht in jeder Beziehung vollständig den Stoff, der unserem Gebiete anheimfällt, allein dennoch war dieselbe geboten durch die Rücksicht, daß ein Zurückgehen auf frühere Jahrhunderte den Rahmen zersprengen würde, der, den gegenwärtigen Theil umschließend, den demselben überwiesenen Stoff als scharfbegränztes, einheitliches Ganze erscheinen läßt, während andrerseits die Möglichkeit, im zweiten und dritten Theile das noch fehlende weit angemessener anzufügen, bei jener Gränzbestimmung maßgebend mitwirkte.

Um jenen zweiten Fehler zu vermeiden, wird die Untersuchung namentlich in der zweiten Periode, wo eine allgemeinere Verschiedenheit der Ansichten uns entgegentritt, nach bestimmten

---

Gajus, Paulus und Marcian, eines Ulpian und Tryphonin in der That nicht obwaltet.

Claſſen die Träger der verſchiedenen Begriffe abſchichten, wobei jedoch, um den nothwendigen Geſammtüberblick nicht zu verlieren, eine Totalauffaſſung der Anſichten der betreffenden Periode, jedoch auch hier mit Rückſicht auf die obwaltende Divergenz, an die Spitze geſtellt werden wird.

Die Beſchaffenheit des zu behandelnden Stoffes gebot jedoch, von den feſtgeſtellten Grundzügen und Gränzlinien in drei verſchiedenen Punkten abzuweichen.

Zunächſt nämlich treten der Erforſchung des antiken Lehrbegriffes von der aequitas nicht allein hiſtoriſche Schwierigkeiten entgegen, ſondern ein nicht geringes Hinderniß bereitet auch der Unterſuchung die moderne Wiſſenſchaft ſelbſt, inſofern dieſelbe in keiner Weiſe zu einem genügenden Abſchluſſe hinſichtlich der Weſenbeſtimmung der Billigkeit gelangt iſt. Da man nun juriſtiſcher Seits meiſt zu der ſehr richtigen Anſicht gelangte, daß die römiſche aequitas in ihrer Erſcheinung eine vielfältige Verſchiedenheit von der deutſchen Billigkeit bietet, gleichwohl aber dieſe Unterſcheidungsmerkmale nicht beſtimmt werden können ohne klare Einſicht in die Natur der Billigkeit; ja da überhaupt die Weſenbeſtimmung der aequitas mit Ausſicht auf Erfolg gar nicht unternommen werden kann, ohne daß man über den correſpondirenden modernen, ſei es identiſchen, ſei es blos verwandten Begriff zur richtigen Erkenntniß gelangt iſt, weil ohne dieſes unſere Anſchauung niemals zu einer klaren Vorſtellung von dem antiken Gedankenſtoff ſich erheben kann; ſo konnten auch die wenigen über die aequitas bisher geführten Unterſuchungen bei der mangelhaften Löſung der die Billigkeit betreffenden Vorfrage ein fruchtbringendes Reſultat nicht liefern, vielmehr mußte uns das Weſen der römiſchen aequitas ein ungelöſtes, wenn auch nicht, wie Hommel meint, ein unlösbares Räthſel bleiben. Die Erkenntniß dieſer Sachlage gebietet daher, bei der Unterſuchung über die aequitas der Römer von dem Weſen der deutſchen Billigkeit auszugehen, um des Unterſchiedes, wie der Uebereinſtimmung zwiſchen Beiden ſich bewußt zu werden. Dies iſt die der erſten Periode überwieſene Aufgabe der erſten Abtheilung von Kap. I.

Ein zweiter Punkt betrifft das jus naturale. Dieſer Lehrbegriff wird im Zeitalter Cicero's und durch dieſen ſelbſt in

den Ideenkreis der Römer eingeführt, allein nicht als Product der eigenen Speculation, sondern als eine von der griechischen Philosophie empfangene Ueberlieferung. Diese Genesis selbst kann gegenüber den einschlagenden historischen Thatumständen niemals bezweifelt, wohl aber konnte sie verkannt werden, so lange man nicht ein Gesammtbild von jener Lehre Cicero's entwarf. So nun wird durch Cicero die Lehre vom jus naturale als Erzeugniß griechischer Weisheit in die römische Wissenschaft verpflanzt, und erlangt hier einen Einfluß, der in keiner Weise in der Person Cicero's sich abschließt, vielmehr einerseits über alle Zweige römischer Wissenschaft befruchtend sich verbreitet, andrerseits ganz unmittelbar auf die Ideenwelt Griechenlands sich zurückleitet. Eine gründliche Erforschung des vielverkannten und vollständig unterschätzten jus naturale der Römer ist daher, will sie Aussicht auf Erfolg haben, mit Nothwendigkeit darauf hingewiesen, den Gang jener Lehre bis zur Quelle zurück zu verfolgen und von den Philosophemen Griechenlands ausgehend zur Doctrin Rom's vorwärts zu schreiten. Hierbei aber kann die Untersuchung wiederum nicht darauf sich beschränken, lediglich die Lehrsätze derjenigen griechischen Philosophen zu reproduciren, deren Einfluß auf die römische Wissenschaft bestimmter, deutlicher und unmittelbarer zu Tage tritt, sondern um ein volles, fruchtbringendes Verständniß zu gewinnen, mußten die Dogmen Griechenlands über das jus naturale von ihrer ersten historischen Beglaubigung abwärts bis zu dem Zeitalter Cicero's Schritt für Schritt in dem Gange ihrer Entwickelung verfolgt werden. Dies aber ist die Aufgabe der ersten Abtheilung von Kap. III. innerhalb der ersten Periode.

Mit der zweiten Periode endlich begegnen wir der Lehre vom jus naturale in der römischen Jurisprudenz. Hier nun entsteht die unabweisbare Frage, inwieweit wir den Lehrsätzen der Philosophie Griechenlands, wie eines Cicero und Späterer einen Einfluß auf die Gestaltung jenes Lehrbegriffes der Jurisprudenz zugestehen dürfen. Dieser Punkt aber erscheint wiederum bedingt durch die erstere Frage, ob und welchen Einfluß überhaupt wir der Philosophie auf die römische Jurisprudenz beizumessen haben. Da jedoch gerade dieser letztere Punkt von Seiten unserer Rechtsgeschichte so einseitig und kurzsichtig wie

nur immer denkbar behandelt ist, so mußte vor Allem diese Frage, wenn auch nicht zu völlig erschöpfender Erledigung geführt, so doch in einer angemesseneren und eindringenderen Weise erörtert und festgestellt werden. Dies aber ist der dritte Punkt, in welchem wir die gegebene Gränze unserer Aufgabe überschreiten, jene Untersuchung in das erste der die zweite Periode betreffenden Capitel verweisend.

Innerhalb der Gränzlinien unserer Untersuchung war aber ein möglichst gründliches, allseitiges und erschöpfendes Eingehen auf den zu behandelnden Stoff durch den Standpunkt unserer Rechtsgeschichte geboten. Denn die Stellung, welche diese moderne Doctrin gegenüber dem Stoffe unseres Werkes einnimmt, ist eine so unklare und selbst der Aufgabe und des Zieles ihrer Forschung so mangelhaft sich bewußte, daß die Resultate, zu denen dieselbe gelangt ist, nothwendiger Weise durchgehends ungenügend, meistentheils aber geradezu wahrheitswidrig sein mußten. Gerade dieser Umstand gebot aber wiederum einerseits eine Polemik zu vermeiden, die, wenn überhaupt aufgenommen, Schritt um Schritt hätte geführt werden müssen, während andrerseits wiederum das Citiren der Vorgänger in den Punkten, wo etwas Richtiges von diesen bereits festgestellt ist, im Allgemeinen als entbehrlich sich erwies, weil vorausgesetzt werden darf, daß die Lehrbücher von Savigny, Schilling und Puchta [2]), sowie die einen Theil unseres Stoffes betreffende Monographie von Dickſen [3]) in den Händen der Leser sich befinden, jene Werke aber vollkommen genügen, über den Standpunkt sich zu orientiren, den unsere Wissenschaft in Bezug auf die behandelten Lehren einnimmt.

Die Hauptaufgabe der gegenwärtigen Untersuchung mußte aber gegenüber dem Standpunkte unserer Geschichte des römischen Rechtes darin gefunden werden, ein Mehreres zu bieten, als jene unbestimmten und unklaren Expositionen, welche die partiellen Regelwidrigkeiten des antiken Ideenganges nicht er-

2) Savigny System Bd. I §. 15, §. 22 und Beilage I. Schilling Lehrbuch für Institutionen Bd. II. §. 9 und 10, Zusatz. Puchta, Cursus der Institutionen Bd. I §. 83—85. 101.

3) Vermischte Schriften Thl. I. Nr. 9.

kennen und enthüllen, vielmehr dazu beitragen, solche dem Auge zu entziehen und zu verdecken; welche zur Klarheit des eigenen Begriffes sich nicht erheben, sondern in vereinzelten und undeutlichen Anschauungen sich bewegen; welche für die Wissenschaft fruchtlos geblieben sind, weil sie, Schatten gleich, vor dem Auge vorüberziehen, unvermögend, den Eindruck eines bestimmten Bildes dem Geiste zu hinterlassen.

Erste Periode.

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium

im Zeitalter Cicero's.

Erſtes Capitel.

Aequitas.

Erſte Abtheilung.

Begriff der Billigkeit und aequitas im Allgemeinen.

§. 1.

Begriff der Billigkeit.

Die aequitas der Römer iſt unſerer Wiſſenſchaft ein noch ungelöſtes Räthſel, da alle Verſuche, welche gemacht worden ſind, das Weſen jener zu erklären[5]), entweder zu einer Feſtſtellung des allgemeinen Begriffes ſelbſt ſich nicht erheben oder aber dem Vorwurfe unterliegen, daß der gewonnene Begriff nicht als unmittelbares Reſultat aus den durch die Quellen gebotenen concreten Erſcheinungsformen ſich ergibt, daher andrerſeits auch nicht als allgemeines Fundament dieſen einzelnen Kundgebungen der aequitas unterbreitet werden kann. Dieſe Ueberzeugung von Fruchtloſigkeit und Irrthümlichkeit der bisher gewonnenen wiſſenſchaftlichen Reſultate gebot, unabhängig von dem Vorgange der frühern Bearbeiter dieſer Lehre, auf eigener Bahn zu neuer Forſchung zu verſchreiten. Das gewonnene Reſultat dieſer Unterſuchung ergibt, daß in allen Perioden, welche der durchforſchte Zeitraum umfaßt, der Begriff ſelbſt der aequitas der nämliche iſt, daß jedoch die Anwendungen dieſes Begriffes und ſeine ein-

5) Albrecht, die Stellung der röm. aequitas in der Theorie des Civilrechtes, Dresden und Leipzig, 1834, woſelbſt p. 43, Note 91 die Literatur; dazu Schilling, Progr. de aequitatis notione, ex sententia iuris Romani recte definienda, Lips. 1835; im Extract in deſſen Lehrbuch für Inſtit. II. §. 10 Zuſ., ſowie Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts, p. 18 ff.; vergl. auch Savigny, Syſtem §. 15, Puchta, Pand. §. 21. unter 1, Inſtitutionen §. 73. 85.

zelnen Erſcheinungsformen in den verſchiedenen Perioden verſchiedene ſind. Indem wir daher für alle Perioden den Begriff ſelbſt der aequitas voranſtellen dürfen, ſo gehen wir hierbei aus von der Billigkeit der Deutſchen, um durch eine vergleichende Nebeneinanderſtellung beider Begriffe und durch die Erkenntniß von deren Identität oder Verſchiedenheit zu einer klaren und deutlichen Vorſtellung über die aequitas der Römer zu gelangen.

Das Weſen der Billigkeit wiederum hat in noch ausgedehnterem Maße als die römiſche aequitas die verſchiedenartigſte Beurtheilung erfahren, und zahllos im wahrſten Sinne des Wortes ſind die Erklärungen, welche von den verſchiedenen Disciplinen der modernen Wiſſenſchaft, von Juriſten, wie von Philoſophen, von Theologen, wie von Sprachforſchern über die Billigkeit gegeben ſind[6]). Ihre Prüfung und Widerlegung im Einzelnen würde unfruchtbar ſein; vielmehr ſchlagen wir den Weg ein, unter allgemeiner Berückſichtigung jener Definitionen durch vergleichende Gegenüberſtellung von Billigkeit und Recht im Wege einer Syntheſe zur Feſtſtellung des Begriffes der Erſteren zu gelangen.

Wenn die Verwandtſchaft von Recht und Billigkeit darauf beruht, daß Beide Normen ſind, nach denen die in die Außenwelt hervortretenden Verhältniſſe des Menſchen beurtheilt werden, ſo kann andrerſeits die weſentliche Verſchiedenheit Beider von vornherein ebenſowohl in der Perſönlichkeit der Träger jener Normen, wie in den Verhältniſſen, welche Beide regeln, oder in den leitenden materialen Principien, oder in der Modalität der Beziehung Beider zu den ihrer Beurtheilung unterworfenen Verhältniſſen, ſomit in den leitenden formalen Principien gefunden werden. Nach allen dieſen Punkten hin hat die moderne Forſchung ſich bewegt. Man hat vermeint, daß die Billigkeit die Anſicht des Einzelnen vertritt und ſomit particulären Weſens iſt, während das Recht innerhalb des Staates univerſelle An-

6) Begriffsbeſtimmungen Früherer finden ſich mitgetheilt bei Albrecht, die Stellung der römiſchen aequitas, p. 18 ff., dazu kommen die Definitionen der Späteren, z. B. von Kant, Herbart u. A. — Ob übrigens Billigkeit urſprünglich die Regel des Billigen, oder vielmehr die Uebereinſtimmung des Verhaltens mit jener Regel bezeichnet, iſt für unſere Unterſuchung gleichgültig; wir nehmen ſtets nur die erſtere Bedeutung an.

erkennung findet; allein die Satzung der Billigkeit kann in einzelnen Punkten, wie im großen Ganzen gleich dem Rechte auf die Anerkennung der gesammten Nation sich stützen, ohne nothwendig auf individuelle und particuläre Ansicht beschränkt zu sein. Nicht minder soll eine wesentliche Verschiedenheit des Gebietes insofern obwalten, als die Billigkeit auch andere äußere Verhältnisse ihrer Beurtheilung unterstellt, als das Recht, somit über dessen Gebiet hinausgreift; allein das Recht kann zu jeder Zeit das nämliche Verhältniß, welches von der Billigkeit beurtheilt wird, seiner Normirung unterstellen, ja es wird dies sogar stets thuen, sobald nur das fragliche Verhältniß nach dem jedem Volke inliegenden Maßstabe der Wichtigkeit nicht von einer allzu untergeordneten Bedeutung erscheint. Nicht minder soll die Billigkeit durch ihre leitenden materialen Principien vom Rechte sich scheiden, indem sie z. B. den moralischen Beziehungen, insoweit solche bei den äußern Verhältnissen obwalten, Rechnung trägt, oder insofern sie nach dem Maßstabe der Würdigkeit den Erfolg bestimmt, bei gleicher Voraussetzung gleiche Folge eintreten läßt u. dergl.; allein da das Recht ebenfalls den moralischen Beziehungen, welche bei den von ihm in Beurtheilung gezogenen Verhältnissen concurriren, Rechnung trägt, wie z. B. bei der Ehe, dem Kindschaftsverhältnisse; da ferner bei dem Rechte in dem vollstem Maße leitendes Princip ist, daß es nach dem von ihm selbst gegebenen Maßstabe der Würdigkeit den Erfolg bestimmt und bei gleicher Voraussetzung gleiche Folge eintreten läßt, so wird auch in diesem Punkte jede wesentliche Verschiedenheit von Recht und Billigkeit in Abrede zu stellen sein.

Scheinbar mit mehr Berechtigung wird in der Modalität des Verhaltens von Billigkeit und Recht zu den ihrer Beurtheilung anheimfallenden Verhältnissen eine wesentliche Verschiedenheit Beider erkannt. Denn in der That kommt der Billigkeit das Vermögen zu, bei Beurtheilung der Verhältnisse allen einzelnen, denselben inliegenden besondern Beziehungen allseitig diejenige Rücksichtnahme widerfahren zu lassen, welche als angemessen und gebührend erachtet wird. Diesfalls tritt aber die Billigkeit in die innigste Beziehung zu der Individualität des concreten Falles und gewinnt insofern einen rein relativen Charakter, der dem Rechte im Allgemeinen mangelt, indem vielmehr in der Satzung

des Letztern der Charakter des Abſoluten ganz entſchieden vorherrſcht. Denn das bunte, in den mannichfaltigſten Conſtellationen ſich bewegende Leben des Verkehres erzeugt die Verhältniſſe in einer unendlichen Vielfältigkeit ihrer einzelnen Beziehungen; dieſe vielgeſtaltigen Verhältniſſe nun unter gemeinſame leitende Geſichtspunkte zu ſtellen, iſt die Aufgabe des Rechtes, die regelmäßig in der Weiſe gelöſt wird, daß daſſelbe aus der Vielheit der Merkmale der in Betracht gezogenen Verhältniſſe einige gemeinſame herausgreift und für weſentlich erklärt, daher an dieſe ſeine Satzungen anknüpft, dagegen aber in den nicht für weſentlich erklärten Merkmalen jene Verhältniſſe nivellirt.

Dennoch mußten, dafern in dem relativen Charakter der Billigkeit und dem abſoluten Charakter des Rechtes das weſentliche Criterium der Verſchiedenheit Beider liegen ſollte, die Vorausſetzungen wahr ſein, daß nicht allein ebenſowohl das Recht der ausſchließlichen Herrſchaft des Princips des Relativen ausnahmslos ſich entzieht, wie auch die Billigkeit niemals dem Principe des Abſoluten allein und ausſchließlich ſich unterordnet, ſondern daß auch weder die Billigkeit neben dem Relativen auch das Abſolute, noch wiederum das Recht neben dem Abſoluten auch das Relative als leitendes Princip anerkennt. Beide Vorausſetzungen ſind aber in der That unwahr: denn die constitutio personalis ſetzt wahres und wirkliches Recht und gleichwohl nimmt in ihr das Recht, gleich der Billigkeit, einen rein relativen Charakter an; und ſodann ordnet ſich auch das Recht im Allgemeinen neben dem Principe des Abſoluten auch dem des Relativen unter, indem es Regeln aufſtellt, welche die letzte, abſchließende Determinirung des denſelben unterzuordnenden Thatbeſtandes der nach Maßgabe der beſondern Verhältniſſe des concreten Falles ſich beſtimmenden richterlichen Erwägung anheimgibt, wie z. B. in dem Begriffe der mora, der justa causa bei der Reſtitution und Manumiſſion u. dergl. (Vergl. §. 76.) Dagegen andrerſeits entzieht ſich wiederum die Billigkeit in dem nämlichen Maße wie das Recht der ausſchließlichen Herrſchaft des Principes der Relativität, ſobald ſie zu einer Abſtraction von der Individualität des einzelnen Falles ſich erhebt und zum Inbegriff von Sätzen ſich geſtaltet, die einer Mehrheit einzelner Verhältniſſe als Norm der Beurtheilung dienen. Ja bereits

dadurch, daß die Billigkeit den Rechtsſatz an und für ſich und in ſeiner abſtracten Geltung, alſo nicht blos in ſeiner Anwendung auf den concreten Fall, abſchätzt und als billig oder unbillig aburtheilt, ſchon dadurch verläßt die Billigkeit jenes Gebiet des Relativen und tritt in das des Abſoluten über, in dieſer Beziehung zu gleicher Qualität wie das Recht ſelbſt ſich erhebend.

Nach Alle dem kann ſomit in den in Betracht genommenen Punkten der weſentliche Unterſchied von Recht und Billigkeit nicht anerkannt werden, weil die aus jenen Beziehungen ſich ergebenden Criterien im Gegenſatze der Billigkeit zum Rechte nicht mit Ausſchluß des entgegenſtehenden Merkmales oder nicht je dem Einen oder dem Andern allein und ausſchließlich beigelegt werden können. Vielmehr erkennen wir den weſentlichen Unterſchied von Billigkeit und Recht in dem Verhältniſſe Beider zu ihren Urhebern und Trägern: in dem ſubjectiven Charakter der Erſtern, dem objectiven Charakter des Rechtes.

Denn das Recht ſtellt ſich dar als der Wille der Staatsgewalt: mag es ausgegangen ſein von welchem Subjecte immer, ſobald und indem es wahres, wirkliches Recht geworden iſt, ſo hat es aufgehört, der bloße Wille Deſſen zu ſein, der die Satzung ſelbſt als ſeinen eigenen Gedanken in's Daſein rief und als ſeinen eigenen Willen aufrecht erhielt. Daher iſt das Recht weder der Wille der Perſon, die das Geſetz unmittelbar abfaßte, noch der Wille des Volkes, in deſſen Sitten und Gebräuchen es zu Tage trat; vielmehr durch ſeine Conſtituirung als Recht hat es ſeine weſentliche und unmittelbare Beziehung zu ſeinem Urheber verloren und iſt fortan zum Willen der Staatsgewalt ſelbſt geworden. Dieſe Transſubſtantiation ſelbſt aber wird vermittelt und vollendet durch eine Form, welche, ſelbſt unter der Herrſchaft ihrer eigenen Regeln ſtehend, eine feſt beſtimmte und ein für alle Mal gegeben iſt, ſei es als Geſetz, oder Gewohnheit, oder als Ausdruck der Wiſſenſchaft. Indem nun mit einer bereits vorhandenen Regel ſolche Form zu einem einheitlichen Ganzen ſich verbindet, und hiermit nun das Recht entſteht, ſo löſt ſich im nämlichen Momente jene Regel von ihrer unmittelbaren und weſentlichen Beziehung zu ihrem Urheber und Träger ab: ſie befreit ſich von der Abhängigkeit, in der ſie zu dieſem

als deſſen Gedanken bisher geſtanden, und umgiebt ſich fortan mit einer eigenen ſelbſtſtändigen Macht. So verkehrt ſich mit jener Verwandlung dieſes Abhängigkeitsverhältniß zu ſeinem Gegentheile: als Gedanken ihres Urhebers und Trägers war die Regel beherrſcht von dem Ermeſſen dieſes: ſeiner Willkür unterworfen, wurde ſie beliebig erzeugt und konnte beliebig wiederum verändert und vernichtet werden; als Wille der Staatsgewalt, als Recht beherrſcht ſie nun ihren Urheber ſelbſt und iſt unabhängig von deſſen Einwirkung auf ſie, ſo lange ſie überhaupt als wirkliches Recht noch beſteht. Hiermit aber tritt dieſe Regel eben heraus aus jener unmittelbaren Beziehung zu ihrem Urheber und Träger und löſt ſich ab von deſſen eigener Perſönlichkeit: ſie wird objectiv[7]); zuvor jedoch fiel ihre Exiſtenz lediglich in die Sphäre des Ideenkreiſes ihres Trägers: ſie war ſubjectiv. Indem nun jene erſtere Eigenſchaft grundweſentliches Merkmal des Rechtes, die letztere dagegen grundweſentliches Merkmal der Billigkeit iſt, ſo beruht nun in dieſem Gegenſatze die weſentliche Verſchiedenheit von Recht und Billigkeit.

In Folge jener ſubjectiven, rein ideellen Weſenheit der Billigkeit ſtützten ſonach deren Poſtulate ſich lediglich auf die mehr oder minder allgemeine, äußerlich freibeliebte und willkürliche Anſicht ihrer Träger: ſie findet lediglich in der Ideenwelt des Urtheilenden ihre Baſis, wurzelt in dem freigeiſtigen Gebiete der Vorſtellung und Ueberzeugung, und ſtützt, der unbeſtreitbaren, wirklichen Herrſchaft als nothwendig maßgebende Norm entbehrend, nur auf die innere Macht des Gedankens ihre Herrſchaft. Daher erſcheint ſie an und für ſich nur als frommer Wunſch und entbehrt ebenſowohl des feſten, von aller Schwankung freien Bodens, wie der äußern Macht, ihren Poſtulaten Geltung zu verſchaffen. Dagegen das Recht verläßt das Gebiet der reinen Ideenwelt und gewinnt, über ſubjectives Beſſerwiſſen ſich erhebend, eine reale und objective Exiſtenz: feſt abgeſchloſſen gegen anders lautendes Meinen, vermag es, eine effective Anwendung ſelbſt ſich beizulegen und zu erzwingen, und damit zur

7) Vergl. zu dem Obſtehenden Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts, Bd. I. p. 1 ff., ein Werk, auf das ich um ſo lieber mich ſtütze, als ich daſſelbe als eins der ausgezeichnetſten Producte der modernen dogmatiſchen Rechtswiſſenſchaft ſchätze.

Norm ſich zu erheben, die im Staate angewandt, in den Gerichten deſſelben durchgeführt wird. Tritt aber die Billigkeit in dieſes Stadium der Realität, ſo verwandelt ſie ſich in Recht: die Uebereinſtimmung zwiſchen Beiden in Einer Norm beruht einzig und allein auf einer abſtrahirenden Scheidung des Denkens, nur darauf, daß ein und derſelbe Satz in zwiefältiger Modalität ins Auge gefaßt wird, ebenſowohl als Recht, ſomit als verwandelte Billigkeit, wie daneben auch als Gedanke und Poſtulat deſſen, der als freier Träger dieſer ſelben Norm ſich denkt.

Nur auf dieſer ſubjectiven Weſenheit der Billigkeit beruht es, wenn im Gegenſatz zum Rechte ihr ein weiteres Gebiet als dieſem, eine ausgedehntere Berückſichtigung der vielfältigen, den Verhältniſſen inliegenden Beziehungen, wie endlich auch ein relativer Character beigemeſſen wird, und häufig zukommt. Denn das Recht iſt in Folge der durch ſeine objective und formale Exiſtenz bedingten Unwandelbarkeit in ſeiner Sphäre beſtimmt begränzt, und für alle ihm untergeordneten Verhältniſſe das nämliche; die Billigkeit dagegen, flüſſig, wie die Idee, auf der allein ſie beruht, für jeden Stoff empfänglich, gleich dem Gefäß, vermag in jedem Moment ihre Subſtanz zu verwandeln, bezüglich jedes einzelnen Falles ihr Poſtulat zu verändern. Lediglich aber in Folge jener von uns dargelegten weſentlichen Verſchiedenheit tritt insbeſondere auch im Rechte das Princip des Abſoluten überwiegend zu Tage und prägt jenem den Character der ſtarren Conſequenz hervorſtechend auf, während die Billigkeit dagegen als die Vertreterin der Relativität erſcheint. Allein alle ſolche Verſchiedenheiten ſind eben nicht Theil des Weſens Beider, noch Grund und Urſache des Unterſchiedenſeins von Beiden: ſie ſind lediglich Folge der von uns hervorgehobenen Gegenſätze, der Subjectivität der Billigkeit, der Objectivität des Rechtes; Folge ferner, die nicht durchgängig eintritt, überhaupt aber erſt dann wahrnehmbar wird, wenn Recht und Billigkeit zu einem concurrirenden Urtheile in Bewegung geſetzt werden.

Darin nun, daß man die Bedeutung der zu Eingang erwähnten Merkmale überſchätzte; daß man das, was Folge iſt, für die Urſache anſah, und ſomit das, was zufälliges und ab-

geleitetes Merkmal ist, für grundwesentlich erklärte; darin liegt der Grund der Irrthümer, die bereits zu lange Zeit hindurch die Wissenschaft getäuscht haben.

So nun erscheint die Billigkeit als Ausfluß dessen, was man die rechtliche Ueberzeugung des Menschen nennen kann: unabhängig von der als Lebensregel vom Staate ausgesprochenen Satzung, erschaut der Mensch die äußeren Beziehungen und Verhältnisse nach dem nämlichen Gesichtspunkte, den im Allgemeinen das Recht selbst einnimmt; von diesem frei geistigen Standpunkte aus beurtheilt er sodann jene Verhältnisse nach einem ihm inwohnenden Maaßstabe und schätzt zu gleicher Zeit das Recht, als die im Urtheile concurrirende Norm, nach seiner Uebereinstimmung oder seinem Zwiespalte mit jenem inneren Criterium ab. Diesen inneren Werthmesser selbst aber erlangt der Mensch durch eine geistige Operation, einen Abstractionsproceß, der jedoch meistens selbst dem Auge des Gebildeten sich entzieht und diesem unerkannt bleibt. Das Resultat solcher Abstraction ist eine Summe von Regeln, welche in ihrer Gesammtheit die rechtliche Ueberzeugung bilden, insofern man jene Regeln in ihrer Beziehung zu ihrem Träger auffaßt; insofern man dagegen jene Regeln in ihrer Beziehung zu den Verhältnissen, für welche sie das Urtheil geben, betrachtet, bilden sie in ihrer Gesammtheit die Billigkeit.

Erkennen wir nun sonach in der Billigkeit die Anforderung der an sich rein subjectiven und ideellen Rechtsanschauung an, welche ebensowohl in Uebereinstimmung mit dem Rechte, wie im Widerspruche mit diesem gedacht werden kann, so ist nun auch dieselbe ebensowohl dem Individuum allein, wie der gesammten Nation beizumessen. Und vornämlich in dieser letzteren Beziehung ist dieselbe von maaßgebendem Interesse für uns und hier erblicken wir in ihr den Ausdruck der volksthümlichen Rechtsüberzeugung.

§. 2.

Historisch gegebene Stellung der Billigkeit im Allgemeinen zum Rechte.

Gleichwie bei uns das Volk seine ureigene Rechtsanschauung auch neben dem Rechte sich bildet, anerkennt, festhält und als Billigkeit offenbart, so findet sich gleiche Erscheinung wohl bei

allen zu höherer Cultur herangebildeten modernen Völkern, und ebenso steht auch bei den Griechen dem δίκαιον das εἰκός, bei den Römern dem jus das aequum et bonum gegenüber. Allenthalben ist hier das Wesen dieses Gegensatzes das nämliche, allein die Erscheinungsform desselben ist verschieden; mit andern Worten: der Begriff des εἰκός und der aequitas ist identisch mit dem der Billigkeit, allein dieser Begriff manifestirt sich bei den verschiedenen Völkern in einer verschiedenen Weise und tritt insbesondere in einen anders qualificirten Gegensatz zum Rechte. Der bestimmende Grund dieser Erscheinung beruht aber darin, daß bei den verschiedenen Völkern das Verhältniß zwischen Recht und volksthümlicher Rechtsanschauung als ein verschiedenes historisch gegeben ist; hierdurch bedingt, gestaltet sich dann der Gegensatz von Recht und Billigkeit verschieden, in Folge dessen wiederum die Letztere in anderer Weise dem Ersteren gegenüber sich offenbart.

Erwägen wir nun a priori die Modalität der historisch gegebenen Stellung der Billigkeit zum Rechte, so erkennen wir vor Allem an, wie das Recht an und für sich betrachtet und in dem ruhenden Zustande seines noch abstracten, d. i. noch nicht angewandten und verwirklichten Inhaltes in weitgreifender und compacter Uebereinstimmung mit der Billigkeit stehen kann. Dies ist das normale, ja, sagen wir, natürliche Verhältniß in der gegenseitigen Stellung Beider: denn alles Recht hat seinen Ausgang im Wesentlichen von der Billigkeit, von der rechtlichen Anschauung und Ueberzeugung des Volkes genommen, daher auch das Recht an und für sich und die Billigkeit einheitlich vom Volksgeiste getragen werden und in überwiegender und durchgreifender Maaße mit einander übereinstimmen werden. Denn wenn auch durch zeitliche Verhältnisse der Widerspruch zwischen Beiden, der von vorn herein ausgeschlossen war, entstehen wird, indem die Vorstellung vom Billigen, lediglich auf inneren Criterien beruhend und nur durch den Volksgeist getragen, im Verlaufe der Zeit je nach den verschiedenen Bildungsstufen der Völker oder in Folge besonderer äußerer Einflüsse ohne Weiteres sich verändert, während die Herrschaft der Rechtssätze, auf eine bestimmte Form, also auf äußere Criterien gestützt, an sich eine dauernde ist und zu ihrer Beseitigung eine

bestimmte, selbst wiederum formale Einwirkung erfordert, so wird doch in solchem Falle in der Regel der Volksgeist dieses ihm fremd gewordene Rechtselement bald ausscheiden und durch Substituirung der ihm angemessen scheinenden Norm die ursprüngliche Harmonie zwischen seiner rechtlichen Ueberzeugung und der daraus hervorgegangenen Rechtsregel wieder herstellen, daher jener Widerspruch zwischen der Volksanschauung und dem abstracten Inhalte des Rechtes in der Regel nur ein so particulärer und vereinzelter sein wird, daß ein Gegensatz zwischen dem Rechte an sich und der Billigkeit, als dem Producte der rechtlichen Anschauung der Nation, auf dem Gebiete der abstracten Regel gar nicht zu Tage tritt.

Bei allen den Völkern daher, wo dieses normale Verhältniß zwischen Recht und Billigkeit obwaltet, treten Beide nicht auf dem Boden des Abstracten d. i. der noch unangewandten, aber bereits gesetzten Regel im Gegensatz zu einander: nicht als noch unangewandte Regel widerstreitet dann das Recht der ohne wesentliche Beziehung auf den concreten Fall, somit ebenfalls abstract urtheilenden Billigkeit, sondern lediglich in der Anwendung und Uebertragung der Regel auf den concreten Fall tritt jener Widerspruch zu Tage, während im Stadium des Abstracten Beide übereinstimmen, weil die gleichen leitenden Grundideen und Principien, die nämlichen Satzungen und Institute hier wie dort als angemessen und nothwendig: als recht und billig erachtet werden. Der Widerspruch zwischen Recht und Billigkeit daher, indem er in der Hauptsache nur auf dem Gebiete des Concreten, der Anwendung der allgemein gesetzten Rechtsregel auf den einzelnen Fall, sich bewegt, findet aber dann seinen Schwerpunkt vornämlich in dem Gegensatze des Absoluten und Relativen: in dem Rechte, indem es eine Regel gemeinsam und gleich für eine Vielheit von Fällen und Verhältnissen aufstellt, tritt nunmehr dessen absoluter Charakter stärker hervor, während in der Billigkeit das Merkmal der Relativität schroff dem Rechte sich gegenüberstellt, weil eben die Billigkeit in Folge ihrer Subjectivität und Freiheit von formaler Accidenz und um der hieraus sich ergebenden Wandelbarkeit ihrer normativen Satzung willen gegenüber jedem concreten Falle je eine besondere Modification in ihren Postulaten

vornehmen und in anderer Weiſe die anerkannten Principien und generellen Sätze zur beurtheilenden Anwendung auf das gegebene Verhältniß übertragen kann.

Bei allen den Völkern dagegen, wo Recht und Billigkeit ſchon an ſich und abgeſehen von ihren Beziehungen zu dem concreten Falle, ſomit bereits auf dem Gebiete des Abſtracten einander widerſtreiten, nimmt dieſer Widerſpruch Beider einen anderen Character inſofern an, als nun bereits in beſtimmten leitenden Principien und allgemeinen Dogmen jener Gegenſatz ſich offenbaren und dem Bewußtſein ſich darbieten, ja in jenen Grundideen ſogar den Brennpunkt des Widerſtreites finden wird. Daneben treten dann Recht und Billigkeit zwar ebenfalls in Anwendung auf den concreten Fall einander gegenüber, allein dieſer Gegenſatz wird, wenn auch keineswegs der Wahrnehmung ſich entziehen, ſo doch in der Auffaſſung zurücktreten und von jenem Widerſtreite der Principien ſelbſt mehr verdeckt werden. Daher wird zu maaßgebendem Gewichte namentlich für die wiſſenſchaftliche Anſchauung nur jener Widerſtreit auf dem Gebiete des Abſtracten ſich erheben, in jenem Punkte ſomit, wo die Billigkeit dem Rechte als ein an ſich verſchiedener normativer Stoff, als Inhalt dem in abstracto anders lautenden Inhalte gegenüber tritt.

Tritt nun in den beiden der behandelten Fälle der Gegenſatz von Recht und Billigkeit nur nach dem maaßgebendem Stadium des Widerſpruches Beider in das Bewußtſein des Reflectirenden, ſo wird gegenüber dem zuerſt ſtatuirten Verhältniſſe die Anſchauung ſich geltend machen, daß hier das Weſen der Billigkeit darin beſtehe, Norm zu ſein, welche maaßgebend dem Princip des Relativen ſich unterordnet oder in einem weitergehendem Maaße die verſchiedenen Beziehungen des concreten Verhältniſſes berückſichtigt; während beim zweiten Verhältniſſe die Auffaſſung nahe liegt, daß die Billigkeit von anderen maaßgebenden Principien als das Recht weſentlich geleitet und beſtimmt werde. Jenes iſt die Anſicht der deutſchen Wiſſenſchaft, dieſes die Auffaſſung der von uns ſtatuirten erſten Periode römiſcher Wiſſenſchaft. Beide Begriffsbeſtimmungen ſind falſch, weil ſie auf ein lediglich folgeweiſes Merkmal das Weſen der Sache ſtützten und ſo den Begriff entſtellten.

Vielmehr ſind Billigkeit und aequitas begrifflich identiſch; verſchieden iſt nur die Stellung Beider gegenüber dem Rechte und dies wiederum iſt durch hiſtoriſche Prämiſſen bedingt.

§. 3.

Stellung der deutſchen Billigkeit zum Rechte.

Im vorhergehenden Paragraphen erwogen wir einen zwiefältigen Gegenſatz von Billigkeit und Recht: den Widerſpruch Beider nämlich auf dem Gebiete des Concreten, wie des Abſtracten. Der letztere Widerſtreit mußte als anomal uns gelten, weil der einheitliche Ausgang des Rechtes, wie der Billigkeit vom Volksgeiſte, wie der ſtetige und ununterbrochene Einfluß des Letzteren auf die Geſtaltung des Rechtes einen weitgreifenden und geſchloſſenen Gegenſatz Beider zurückzuweiſen ſcheint. Dennoch iſt eine doppelte, hiſtoriſch gegebene Vorausſetzung anzunehmen, welche ſolche Erſcheinung denkbar und möglich darſtellt: zunächſt nämlich, daß der einem Volke eigenthümliche Character daſſelbe ſtarr bei den alt hergebrachten Inſtitutionen und Satzungen beharren, und demgemäß auch ſein Recht ſo hartnäckig conſerviren und feſthalten läßt, daß es dem Geiſt der Zeit ſelbſt widerſpricht; ſodann aber auch, daß dieſer Geiſt des Volkes ſelbſt in Folge äußerer Einflüſſe plötzlich einen ſo tief und weitgreifenden Umſchwung erleidet, daß die Geſammtanſchauung der Nation und damit auch die Rechtsüberzeugung ſchneller ſich weſentlich verändert, und einen raſcheren Uebergang von Vergangenheit zu Neuzeit begründet, als daß die Ausgleichung des Gegenſatzes der Billigkeit zum Rechte mit jenem ſchnellen Umſchwunge gleichen Schritt zu halten vermöchte.

Der erſte Thatumſtand allein hat in England gewirkt und hier zum Gegenſatz des common law und der equity geführt; beide Umſtände haben zu Rom ſich geltend gemacht und hier den Gegenſatz von ius und aequitas geſtaltet; keine von beiden Prämiſſen dagegen iſt bei uns eingetreten, und konnte ſomit auf den Gegenſatz von Billigkeit und Recht nicht richtend und beſtimmend einwirken.

Denn nicht an und für ſich und als noch unangewandte Norm, ſondern lediglich in ſeiner Beziehung auf den concreten Fall hat bisher bei uns das Recht in häufigerer und ausgedehn-

terer Maaße dem herrſchenden Volksgeiſte widerſprochen. Daher tritt die Billigkeit nur in der letzteren Beziehung regelmäßig und wiederkehrend neben dem Rechte hervor; daher hat auch, weil in dieſem Gegenſatze die höhere Berückſichtigung der Individualität der concreten Verhältniſſe Seitens der Billigkeit der Wahrnehmung ſich darbot, unſere Wiſſenſchaft dieſelbe mit dem Character der Relativität als etwas Weſentlichem bekleidet, während das Recht als die ſtrenge, ſtarre Norm aufgefaßt werden mußte, der ſolche Rückſichtnahme fremd ſein ſoll. Allein nicht in der Beſchränktheit des Begriffes ſelbſt von Billigkeit und Recht liegt mit innerer Nothwendigkeit jenes beſchränkende Moment: er iſt bedingt zunächſt durch die vergleichende Nebeneinanderſtellung von Recht und Billigkeit, weil nur dann es zu Tage tritt; bedingt aber auch ferner durch jenes hiſtoriſch gegebene Verhältniß der Stellung von Recht und volksthümlicher Rechtsanſchauung, weil nur in der Beziehung Beider auf den concreten Fall ein ausgedehnter Widerſtreit zu Tage tritt und nur diesfalls der Billigkeit in Folge ihres rein ſubjectiven Characters eine höhere Berückſichtigung der Individualität der Verhältniſſe zufällt.

Sonach haben wir anzuerkennen, wie jenes bei uns obwaltende hiſtoriſch gegebene Verhältniß der Billigkeit zunächſt maaßgebend wurde für die wiſſenſchaftliche Auffaſſung der Erſteren, welche hierin weſentlich verſchieden iſt von der römiſchen Anſchauung der aequitas. Allein wir haben jener Urſache auch noch weitere, für unſere Eröterungen wichtige Folgewirkungen beizumeſſen. Denn jener Sachverhalt bedingt ſodann als anderweite Folge die Erſcheinung, daß, indem jene Auffaſſung der Billigkeit in unſerer Wiſſenſchaft zur herrſchenden Vorſtellung ſich erhob und die Bedeutung des logiſchen Begriffes uſurpirte, neben der Billigkeit das ſogenannte Naturrecht als etwas von ihr ſpecifiſch verſchiedenes hervortrat, während zu Rom von dem Momente an, wo die Lehre vom jus naturale und der aequitas allgemeiner von der Wiſſenſchaft aufgenommen ward, beide identificirt werden. Sodann ferner iſt dadurch bedingt die Erſcheinung, daß bei uns die Billigkeit in Wahrheit nicht als ein großes, geſchloſſenes Ganze von ſelbſtſtändigen, den Rechtsſatzungen parallel ſtehenden Normen dem Rechte ſich gegenüber-

ſtellen, noch auch in einen compacten und weitgreifenden Gegenſatz zu dieſem treten oder als anders beſchaffene Materie auf dem Gebiete des Abſtracten in einen ausgedehnteren Conflict mit demſelben gerathen konnte. Nicht minder ergibt ſich fernerweit aus jenem hiſtoriſch begründeten Verhältniß, daß die thatſächliche und effective Wirkſamkeit der Billigkeit eine lediglich beſchränkte iſt, und außerhalb des Gebietes der Anwendung der Satzung auf den concreten Fall nur da in Frage kommen kann, wo es ſich um die Aufhebung eines der Rechtsanſchauung des Volkes anſtößig gewordenen Rechtsſatzes, wie überhaupt um neue Rechtsbildungen handelt, daß aber ſelbſt dieſe ihre reelle Bedeutung von der Wiſſenſchaft nicht beſonders anerkannt wird, weil dieſe überhaupt über die Bedeutnng und Weſenheit der Billigkeit ſich unklar iſt. Hierin erkennen wir zugleich auch, — und dies iſt der fünfte Punkt, den wir hervorheben, — daß die Billigkeit im Munde der Organe unſerer Rechtsbildung keine Erwähnung, im wiſſenſchaftlichen Syſteme unſeres Rechtes überhaupt keine Stellung gefunden hat, ſo daß ſie lediglich als Stück der vulgären Anſchauungsweiſe erſcheint und nur von den Moral- und Rechtsphiloſophen in den Kreis der Gegenſtände einer wiſſenſchaftlichen Reflexion eingeführt worden iſt, — Punkte, bezüglich deren insgeſammt zu Rom das Verhältniß der Dinge als grundverſchiedenes ſich uns zeigen wird.

§. 4.

Stellung der römiſchen aequitas zum jus.

Die Gründe, welche eine von dem Verhältniſſe der deutſchen Billigkeit zum Rechte verſchiedene Stellung der aequitas zum ius begründen, ſind in §. 3 bereits angegeben. Gegenwärtig haben wir daher nur die beſtimmend wirkenden Thatverhältniſſe ſelbſt näher darzulegen.

Das römiſche Volk vor allen Nationen der Erde characteriſirt ſich durch ein ſorgſames Feſthalten an alten Sitten und Gebräuchen, Inſtitutionen und Satzungen im Allgemeinen. Dieſe Pietät bekundet daſſelbe auch gegen ſeine Rechtsinſtitutionen. In dem Zeitalter der Auguſte, wie bereits in den letzten Zeiten der freien Republik ragen die Satzungen der zwölf Tafeln und der von gleichem Geiſte beſeelten Rechtsnormen in ihren

dürftigen, ſtarren, eckigen Geſtaltungen hinein in ein vielbewegtes Leben, deſſen völlig veränderten Verhältniſſen und vielſeitigen Bedürfniſſen, deſſen geläuterten Begriffen und freigeiſtigen Anſchauungen jene veralteten, der Kindheit der Nation angehörigen Bildungen widerſtrebten und als ſchroff und unbeugſam erſchienen. Sobald jedoch das gegebene Recht den Anforderungen und Bedürfniſſen des Verkehres nicht mehr zu genügen vermag, beginnt das tägliche Leben ſelbſt unſichtbar und ſtill, aber raſtlos und ſtetig neue Satzungen zu bilden, welche regelnd jeder Störung des Organismus vorbeugen. So hatten ſich auch zu Rom neben jenen von Alters her überlieferten Rechtsſätzen Normen gebildet, welche, von dem freieren Geiſte der jüngeren Zeit durchweht, dem vielfältigen Bedürfniſſe jener alten Neuzeit entſprachen und dem bewegteren Leben Genüge leiſteten, einen biegſameren Character an ſich trugen. Dieſe jüngeren Normen ſind es im Weſentlichen, welche um ihrer vollkommneren Uebereinſtimmung mit dem herrſchenden Zeitgeiſte willen als den Grundſätzen der aequitas vornämlich entſprechend, ſowohl vom Volksgeiſte ſelbſt, als insbeſondere auch von der Wiſſenſchaft aufgefaßt und bezeichnet wurden.

Ein doppelter Umſtand bietet aber vornämlich die Erklärung jener Thatſache. Die eine dieſer Urſachen liegt in dem bereits hervorgehobenen eigenthümlichen Grundzuge des römiſchen Volksgeiſtes. Bei allen Völkern der Erde finden wir zwar die Erſcheinung, daß die von den Vorfahren ererbten Inſtitutionen und Satzungen in mehr oder minder ausgedehntem Maaße eine noch längere Zeit hindurch in Kraft und Gültigkeit beſtehen bleiben, als das Vermögen jener Inſtitutionen reicht, das inzwiſchen anders geſtaltete Bedürfniß vollkommen zu befriedigen, oder das Bedürfniß ſelbſt dauert, welches die Inſtitutionen in's Leben rief. Politiſche Weisheit, welche die weit und tief greifenden Folgen ſtaatlicher Neuerungen erwägt, eine inſtinctive Anhänglichkeit an das Alte, welche die Inſtitutionen der Vergangenheit als treuen Freund ſchätzt, eine neuerungsfeindliche Bequemlichkeit, welche jede Abweichung von der genau gekannten Bewegung im Gang der Dinge haßt, höhere, wie niedere Beweggründe anderer Art bedingen jene Erſcheinung. Allein die Beharrungskraft des Alten iſt, namentlich auf dem Gebiete

des Rechtsgesetzes immer nur eine bemessene und eine offenbare Unzulänglichkeit des bestehenden Rechtes, dem Bedürfnisse des Verkehres zu genügen, führt regelmäßig zu der Aufhebung des betreffenden Rechtssatzes, namentlich aber, bei der Einheit unserer rechtsconstituirenden Organe, nicht leicht zu der Erscheinung, daß man unter zweckloser Conservirung des Veralteten die directe Aufhebung desselben durch Parallelsatzungen, entsprechend dem Geiste der Neuzeit umginge. Hieraus erklärt sich die bereits in §. 3 hervorgehobene Thatsache, daß bezüglich der deutschen Rechtszustände der Gegensatz von einem billigen Rechte zu einem unbilligen oder minder billigen sich nicht vorfindet, weil dem minder billigen Rechte die Zeit nicht gegönnt wird, eine schroffe und compacte Opposition zum billigen Rechte zu bilden.

Grundverschieden hiervon ist das Verhältniß im römischen Leben. Hohes Selbstgefühl, getragen durch politische Weisheit und virtus; Pietät gegen die Ueberlieferungen der Vorzeit, gestützt auf die Erinnerungen einer allezeit ruhmreichen Vergangenheit; Feindseligkeit gegen fremde Sitte und Neuerung, durch den nach Außen hin sich abschließenden antiken Patriotismus genährt; eifersüchtige Werthschätzung bestehender Satzungen und Institutionen, beruhend auf der Erinnerung an die denselben voraufgegangenen heißen und langwierigen bürgerlichen Kämpfe; die Oeffentlichkeit des politischen Lebens und die Allgemeinheit der Theilnahme des Volkes an solchem, sowie die daraus hervorgegangene innige Verschmelzung aller Staats- und Rechtsinstitutionen mit dem Nationalleben — diese Factoren sind es, welche zu Rom, wie in ähnlichem Maaße im heutigen England, jenen eigenthümlichen Grundzug des Volkscharacters erzeugten, welcher die einmal angenommenen Einrichtungen und Satzungen bis zur letzten Möglichkeit auszubilden, ja lieber bis zu offener Unzuständigkeit und Unerträglichkeit zu conserviren strebt, als von denselben vorzeitig und ohne Noth sich trennen läßt.

Die Aeußerungen dieses Characterzuges, dessen Kenntniß die nothwendige Vorbedingung zum richtigen Verständnisse des römischen Lebens ist, finden wir allenthalben, wo wir eine Kundgebung des römischen Volksgeistes erblicken: am reinsten und erkennbarsten tritt er uns in der Entwickelung der römischen

Staatsverfaſſung entgegen; mehr verhüllt, aber noch deutlich wahrnehmbar in der Fortbildung des römiſchen Privatrechtes. [8])

In ſchroffem Gegenſatze zu den hierdurch bedingten Verhältniſſen ſteht die andere Erſcheinung, deren Zuſammentreffen mit jener erſteren mit Nothwendigkeit einen Zwieſpalt auf dem Gebiete des Rechtes herbeiführen mußte. Bis herab zu den puniſchen Kriegen waren die Römer im Allgemeinen faſt nur mit den ihnen ſtammverwandten, benachbarten Nationen in Berührung getreten. Die nationale Abſchließung, welche ſie im Weſentlichen beobachteten, der Mangel an heimiſcher, die Mißachtung von fremder Kunſt und Wiſſenſchaft, die dadurch bedingte Beſchränktheit ihrer Anſchauungsweiſe, die Einfachheit ihrer Bedürfniſſe, wie der Verhältniſſe ihres bürgerlichen Lebens, alle dieſe Umſtände mußten nothwendig dahin wirken, ihrem Rechte jenen Character zu verleihen, den wir als ſtarr und unbeugſam, ſchroff und eckig, einfach und dürftig bezeichneten. Erſt von den puniſchen Kriegen an beginnt faſt plötzlich ein weſentlicher Umſchwung der Dinge: der Verlauf eines Jahrhunderts vermittelt eine häufige und regelmäßige Berührung, eine nähere und innigere Verbindung der Römer mit den gebildetſten Völkern der Welt, mit Nationen, welche als die Träger der damaligen Cultur des Menſchengeiſtes erſcheinen. Dieſe faſt plötzliche Erweiterung der völkerrechtlichen Beziehungen, dieſe Berührung mit Nationen, welche an Geiſtesbildung, in Kunſt und Wiſſenſchaft, in Induſtrie und Verfeinerung der Genüſſe Rom um ein Bedeutendes überlegen waren, mußte aber mächtig auf die Römer ſelbſt zurückwirken: einerſeits ſtürzte ſie die nationale Abſchließung, beſchleunigte die Entwickelung höherer Bildung,

8) Noch zu Juſtinians Zeiten galten die Geſetze der zwölf Tafeln; noch Herennius Modestinus ſchrieb zahlreiche Bücher über das ius civile des Q. Mucius Scaevola (Vergl. l. 54. D. de acqu. dom. 41, 1); noch Ulpian ſagt in lib. IV. fideicomm. (l. 2. D. de constit. princ. 1, 4): In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est; und noch der Kaiſer Julianus reſcribirt im Jahre 363 an den Präfecten Maximus: Venientium est temporum disciplina, instare veteribus institutis. Ideoque, cum nihil per caussam publicam intervenit, quae diu servata sunt, permanebunt (l. 1. C. Theod. de long. cons. 5, 12). — Dies ſind einzelne dem Gebiete des Rechtes anheimfallende Momente unter tauſenden.

verpflanzte einen neuen Ideenkreis nach Rom und mußte ſo allmählig, aber tiefgreifend die geſammte Volksanſchauung freier und geiſtiger geſtalten; andrerſeits rief ſie neue Bedürfniſſe in's Leben und geſtaltete die Verkehrsverhältniſſe complicirter.

Endlich trat von dem Zeitalter Cicero's abwärts die Philoſophie in das Geiſtesleben Rom's ein und wirkte hier in einer ſo tiefgreifenden und ausgedehnten Maaße auf die geſammte Anſchauungsweiſe der Nation ein, daß durch ſie alle jene Wirkungen, die wir im Obigen darlegten, zu vollem Abſchluſſe geführt, theils auch durch den Hinzutritt neuer Erſcheinungen vermehrt wurden, — eine Thatſache, welche im erſten Capitel der zweiten Periode ihre Begründung und weitere Ausführung finden wird.

So nun entſtand nothwendig ein ſchroffer Gegenſatz zwiſchen den von dieſem neuen Zeitgeiſte getragenen Rechtsideen und dem von Alters her überlieferten, noch gültigen Rechte, welches in Verfolg jener conſervativen Tendenzen von den Römern beibehalten wurde. Denn faſt alle neuen Rechtsbildungen erfolgten im Geiſte der jüngeren Rechtsanſchauung, von freieren und geiſtigeren Principien geleitet, hart neben ihnen, im unmittelbaren Gegenſatze ſteht das alte Recht, eine Ueberlieferung aus längſt entſchwundener Vergangenheit, auf die entgegenſtehenden, ja feindſeligen Principien fundirt. Dieſer Gegenſatz, an ſich ſchon bedeutend, mußte ein um ſo unmittelbarerer und ſchrofferer ſein, je ſchneller jener Umſchwung des Zeitgeiſtes erfolgte; er mußte um ſo mehr der Wahrnehmung ſich aufdrängen und zur Abgränzung ſich eignen, je mehr es an jenen Uebergangsſtufen fehlte, welche in der Regel durchgreifende Reformen in der Entwickelung des Rechtes der Nationen vermitteln. Denn wie wenig wir immer verkennen mögen, daß auch die römiſche Rechtsentwickelung Uebergangsbildungen kannte, die als Mittelglieder das Recht jener Neuzeit mit der früheſten Vergangenheit verknüpften, ſo läßt ſich doch behaupten, daß dieſem Bildungsproceſſe der Uebergangsperiode nicht die volle normale Zeitdauer gegönnt war, und daß daher, was das entſcheidende Moment iſt, die vom jüngeren Geiſte beſeelten Rechtsbildungen in's Leben traten, bevor die vermittelnden Formationen das Alte theils zu überwinden und abzuſtoßen, theils in entſprechender Weiſe zu modificiren

und umzugeſtalten und ſich ſelbſt in höherer Maaße zu amalgamiren vermocht hatten.

Dies ſind die Thatſachen, welche jene Neuzeit des Rechtes in faſt unmittelbare Berührung mit jener alten Zeit treten ließen.

Auf jene Thatumſtände ſtützt ſich die beſondere Stellung der römiſchen aequitas zum jus und aus ihnen erklären wir zugleich die Wichtigkeit und Bedeutung, welche der erſteren im römiſchen Rechtsleben zukommt, insbeſondere aber deren weitgreifenden, ſtark hervortretenden und compacten Gegenſatz zum jus; nicht minder die ausgedehnte und umfaſſende Productivität, wie überhaupt die vielfältige practiſche Bedeutung, die zu Rom der aequitas zugeſtanden wird, namentlich aber auch die freie und ungebundene Bewegung, welche in der Rechtsbildung, geſtützt auf die aequitas, hervortritt; endlich die allſeitige beſondere Anerkennung der Macht und Wirkſamkeit der Letzteren Seitens der Rechtsbildung, wie der Wiſſenſchaft. Denn überſchauen wir den Gang des römiſchen Rechtslebens, ſo finden wir, daß die aequitas in überraſchender Häufigkeit uns entgegentritt und von der Wiſſenſchaft, wie Rechtsbildung ſelbſt als eine mit dem Rechte concurrirende Potenz anerkannt und reſpectirt ward. Denn weil die abſtracte rechtliche Anſchauung ſich ſtark und weitgreifend abhob von dem gegebenen Rechte, ſo konnte die aequitas einestheils als Quelle neuzuſchaffenden Rechtes in dem Volksbewußtſein, wie in der Wiſſenſchaft deutlich hervortreten, anderntheils aber in allgemeinerer Maaße zur Norm der Beurtheilung des Rechtes ſich erheben, ja theilweis einen ſchroffen Gegenſatz innerhalb des Letzteren ſelbſt begründen, indem ſie daſſelbe nach dem Geſichtspunkte ſeiner Uebereinſtimmung oder ſeines Widerſpruches mit ihr ſelbſt abſchätzte.

Wir finden ferner, daß die römiſche Rechtsbildung in freier und ungebundener Weiſe den Poſtulaten der aequitas practiſche Folge und Nachdruck verleiht. Denn weil der Widerſpruch zwiſchen der rechtlichen Ueberzeugung und dem gegebenen Rechte nicht blos auf partieulärer Speculation oder individueller Anſchauung beruht, vielmehr in der Auffaſſung der geſammten Nation ſeine Stütze und Baſis findet, ſo konnte der Einzelne, Magiſtrat wie Juriſt, mit um ſo größerer Freiheit und ohne Be-

denken ſeiner Rechtsidee eine thatſächliche und wirkliche Herrſchaft vindiciren und ſelbſt gegenüber dem poſitiven Rechte durchführen.

Wir finden endlich, wie innerhalb dieſer häufigen Anwendung die aequitas in ihren leitenden Principien an ſich ſchon dem Rechte entgegentritt, daſſelbe auf dem Gebiete des Abſtracten ſelbſt bekämpft, und ſo als Inbegriff von Normen erſcheint, die, von gleich abſoluter Qualität, wie der Rechtsſatz ſelbſt, einen feſtgeſchloſſenen, directen Gegenſatz zum Rechte bilden.

Alle dieſe Momente treten jedoch erſt mit dem Erwachen einer höheren wiſſenſchaftlichen Reflexion in der zweiten Periode zu Tage, während das Zeitalter Cicero's jene Erſcheinungen uns lediglich in ihrer erſten Entwickelung vorführt.

§. 5.

Beſondere Erſcheinungsformen des römiſchen aequitas.

Der Entwickelungsgang des römiſchen Rechtes, von dem in §. 4 angegebenen Standpunkte aufgefaßt, bietet uns ein Bild, in welchem wir den Zeitgeiſt Roms in raſtloſem Andrängen gegen das ihm widerſtrebende, von Alters überlieferte Recht begriffen ſehen, gefeſſelt aber auch gleichzeitig durch die ſich ſelbſt geſetzte Schranke, welche, in Scheu vor der offenen Beſeitigung der hiſtoriſch gegebenen Inſtitutionen, auch dem überlieferten Rechte ſeinen Beſtand ſicherte. Dieſer Kampf, durch die Organiſation des Geiſtes ſelbſt bedingt, zeigt uns das merkwürdige Bild, was wir bei einzelnen Individuen mitunter beobachten mögen: durch einen inſtinctiven Anreiz zu dem hingezogen, was die Grundſätze verbieten, ſucht oftmals der Menſch dieſen Conflict innerer Anforderungen in der Weiſe zu vermitteln, daß er, ſich ſelbſt betrügend, das ſich gegebene Geſetz äußerlich reſpectirt, noch auch offen daſſelbe verletzt, wohl aber auf indirectem Wege ſolches umgeht, und ſo in Wahrheit dem gegenkämpfenden Triebe Folge leiſtet. Wie hier im Kleinen, ſo bietet uns dort eine ganze Nation dieſen Anblick: während die Geſetze der ergrauten Vorzeit, während ein XII Tafel-Codex zu einer Zeit, wo man kaum deren Sprache, geſchweige denn den Geiſt ihrer Satzungen noch verſtand, in patriotiſcher Pietät noch auf-

recht erhalten und von der legislativen Gewalt im Staate, den Comitien, unberührt gelaſſen wurden; zu dieſer Zeit empfing das nämliche Volk mit Gunſt die Neuerungen, durch welche ſeine Magiſtrate die Fundamentalſätze des Privatrechtes durch Parallelſatzungen, Fictionen, durch Wortſpielereien und unter den haltloſeſten Vorwänden aller Art umgingen; und es erholte ſich voll Zutrauen den Rath der Rechtsgelehrten, die in der freieſten Weiſe jene Sanctionen behandelten, die ihm, dem Volke ſelbſt, als unverletzlich galten.

In dieſem verdeckt, aber ununterbrochen geführten Kampfe, in welchem der römiſche Geiſt das zu verwirklichen ſtrebte, was ihm als die Idee des Rechtes vorſchwebte; in dieſem Andringen gegen das gegebene Recht treten nun, weil der Streit im Weſentlichen das Abſtracte, die Materie der normirenden Regel an ſich, nicht aber die bloße Anwendung einer anerkannten Regel auf den concreten Fall betraf, innerhalb der Vielheit der einzelnen Punkte des Gegenſatzes von jus und aequitas beſtimmte allgemeinere Grundideen zu Tage, welche, die einzelnen Strömungen in der großen Bewegung des Zeitgeiſtes bezeichnend, die Principien repräſentiren, in deren Gegenſatz der Widerſtreit von jus und aequitas ſeinen Schwerpunkt findet und auf welche die in Detailfragen zum Austrage gelangenden Streitpunkte in letzter Potenz ſich reduciren. Dieſe Principien offenbaren ſich aber in der doppelten Weiſe, daß ſie theils unmittelbar als Poſtulate der aequitas hervorgehoben werden, wo dann der aus ihrer detaillirenden Anwendung ſich ergebende ſpecielle Satz durch ihre Vermittelung wiederum auf die aequitas ſelbſt als auf ſeine letzte Quelle zurückzuleiten und als deren concreteſter Ausdruck anzuerkennen iſt; theils in der Weiſe, daß zunächſt nur einzelne ſpecielle Anforderungen der aequitas aufgeſtellt werden, aus den ihnen gemeinſamen Momenten aber ſolche Principien ſich abſtrahiren laſſen.

Die Erkenntniß dieſer Thatſache, wie der darin ſich offenbarenden Principien ſelbſt erſcheint nun als die weſentlichſte Vorbedingung eines genügenden Verſtändniſſes, wie überhaupt einer richtigen Würdigung der aequitas im Allgemeinen. Für jene Erkenntniß ſelbſt aber gewinnt wiederum eine höhere Wichtigkeit die Thatſache des Hervortretens der aequitas in zwei verſchie-

denen Sphären des geiſtigen Lebens des römiſchen Volkes, in der vulgären Anſchauungsweiſe nämlich wie in Wiſſenſchaft und Dichtkunſt einerſeits, ſowie andrerſeits in der Rechtsbildung und Rechtswiſſenſchaft insbeſondere. Denn alle dieſe Canäle müſſen a priori die aequitas in verſchiedener Modalität zu Tage leiten und offenbaren: der unmittelbare Ausdruck der vulgären Anſchauung in Specialſentenzen, weil das Volk zunächſt nur das ſeiner Wahrnehmung am Nächſten Liegende, ſomit das Concrete, erfaßt und wiedergiebt; die Philoſophie dagegen in den leitenden Principien ſelbſt; endlich die Jurisprudenz wie Rechtsbildung in beiden Formen. Da jedoch die römiſche Philoſophie — mit der in Beilage I behandelten Ausnahme — die aequitas in den Kreis der von ihr behandelten Gegenſtände nicht hereingezogen hat, die rechtsphiloſophiſchen Beſtrebungen der Jurisprudenz der zweiten Periode aber von deren geſammter wiſſenſchaftlicher Thätigkeit nicht weiter zu ſondern ſind, ſo verbleibt für uns nur eine doppelte Modalität der Kundgebung der aequitas: als unmittelbare Offenbarung der rechtlichen Ueberzeugung des Volkes und als der durch die Rechtsbildung und Rechtswiſſenſchaft vermittelte Ausdruck, welcher letztere namentlich eine überwiegende Wichtigkeit dadurch erlangt, daß er gerade der logiſchen Allgemeinheit ſich annähern und der eigenen Erkenntniß der letzten Principien ſich zuwenden muß. Jene erſtere Erſcheinungsform der aequitas werden wir die vulgäre, dieſe letztere die wiſſenſchaftliche aequitas benennen.

Faſſen wir nun die wiſſenſchaftliche aequitas insbeſondere ins Auge, ſo begegnen wir innerhalb derſelben wiederum einer, wenn auch nicht mit abſoluter Nothwendigkeit, ſo doch aus naheliegenden Gründen thatſächlich mit ihr vornämlich verknüpften doppelten Erſcheinungsform der aequitas, welche wir als generelle und ſpecielle aequitas bezeichnen. In den Operationen der Wiſſenſchaft vermögen wir nämlich zu erkennen, wie aus der Sphäre der aequitas in ihrer Totalität, aus der Geſammtheit der ihr inliegenden Principien von der Wiſſenſchaft ein einzelnes derſelben herausgegriffen und als aequitas in einem beſonderen techniſchen Sinne bezeichnet wird. Hier tritt ein einzelner Theil aus dem Ganzen hervor, ohne ſich jedoch von dem letzteren völlig abzulöſen, und indem er eine beſondere Cultur empfängt, ſo uſurpirt er ſich

zugleich die Bezeichnung von aequitas und gestaltet sich somit zu einem besonderen, wenn auch abgeleiteten Begriff, der sich als specielle aequitas zu der Totalität derselben, zur generellen aequitas verhält. Die richtige Erkenntniß dieser beschränkenden Modification des ursprünglichen Begriffes ist von der höchsten Wichtigkeit, weil absolut unentbehrlich für das Verständniß der Quellen der ersten Periode, da hier die wissenschaftliche Theorie einzig und allein eine specielle aequitas behandelt; dagegen verliert diese letztere, ohne jedoch gänzlich zu verschwinden, ihre Bedeutung während der späteren Perioden. Hierdurch rechtfertigt sich, wenn wir, ohne eine weitere Verdeutlichung dieser Distinction anzustreben, wegen des besseren Verständnisses derselben uns mit einer einfachen Hinweisung auf §. 8. sq. begnügen.

In allen den betrachteten mehrfältigen Erscheinungsformen der aequitas kehrt jedoch durchgängig der nämliche Grundbegriff derselben wieder, die jeweilig jüngste Rechtsanschauung des römischen Volkes zu vertreten, und selbst die specielle aequitas erscheint hierbei in stetem, innigem und wesentlichem Zusammenhange mit diesem Begriffe, da ihr die Bedeutung eines der jüngsten Rechtsanschauung entsprechenden und durch dieselbe vertretenen Principes inwohnt.

Indem somit die aequitas als der Ausdruck der jeweiligen Rechtsüberzeugung der Nation sich darstellt, so erscheint sie frei von Willkühr und in dem Inhalte ihrer Postulate durch national-psychologische Voraussetzungen bedingt. Zwar unterliegen dabei ihre Kundgebungen dem Einflusse der Individualität des Redenden; zwar haben ferner auch im Laufe der Jahrhunderte ihre Postulate mannichfach gewechselt; allein gleichwie hier eine bestimmte allgemeine Richtung von Anbeginn ihrer Wirksamkeit unverkennbar ist, so vermögen wir auch dort in den Kundgebungen der verschiedenen Personen einen inneren Zusammenhang zu entdecken, der uns beweist, daß die überwiegende Mehrzahl solcher Aussprüche in Wahrheit als Ausdruck des wissenschaftlichen, und in letzter Potenz des gemeinen Geistes der Zeit anerkannt werden darf.

Zweite Abtheilung.

Aequitas im Zeitalter Cicero's.

§. 6.

Aequitas im Allgemeinen.

Als naturgemäßen Entwickelungsgang haben wir bei der aequitas von vorn herein vorauszuſetzen, daß dieſelbe aus dem Gebiete der vulgären Anſchauung in die Sphäre der wiſſenſchaftlichen Auffaſſung ſich erhob. Und in der That finden wir bereits bei Plautus das aequum bonum den leges gegenübergeſtellt, während jener Zeit eine wiſſenſchaftliche Behandlung des Begriffes unzweifelhaft fern lag.

In der gegenwärtigen Periode hatte nun die aequitas jenen Uebergang theilweis bereits vollendet: nach der einen Seite hin erſcheint ſie in dem Gebiete der wiſſenſchaftlichen Reflexion heimiſch, nach der andern Seite hin fällt ſich noch lediglich dem Geſichtskreiſe der vulgären Anſchauungsweiſe anheim.

Inſoweit nun die aequitas als Gegenſtand wiſſenſchaftlicher Bearbeitung, als wiſſenſchaftliche aequitas erſcheint, ſo wird derſelben in der gegenwärtigen Periode die Vertretung eines einzigen beſtimmten Rechtsprincipes überwieſen, des Principes nämlich der Herrſchaft des Gedankens des Disponenten gegenüber dem Wortſinne der Dispoſition [9]). Sonach umfaßt die wiſſenſchaftliche aequitas der gegenwärtigen Periode entſchieden noch nicht die geſammte Sphäre der vulgären aequitas und überläßt ſonach, ſich ſelbſt zur ſpeciellen aequitas geſtaltend, die generelle der vulgären Anſchauung allein. Dieſes Sachverhältniß rechtfertigt, daß wir dieſer vulgären und generellen aequita eine beſondere Betrachtung widmen, obgleich wir hierbei eine Ausbeute für unſere gegenwärtige Aufgabe zu gewinnen nicht vermögen. Andrerſeits lehrt uns aber dieſe Betrachtung, daß

9) Die Bezeichnung „Gedanken" gebe ich in dem Sinne, wie Savigny Syſtem §. 33. Unter Disponent verſtehe ich ſowohl den Geſetzgeber, wie denjenigen, der einen Rechtsact vornimmt, ſomit den Conſtituenten, Redenden und dergl.; unter Dispoſition begreife ich das Geſetz, wie die Privatverfügung.

wir die erſten Keime des Ueberganges der generellen aequitas in die Sphäre wiſſenſchaftlicher Behandlung bereits in der gegenwärtigen Periode zu ſuchen haben.

Neben jener doppelt geſtalteten aequitas begegnen wir jedoch bei Cicero noch einem dritten, ihm eigenthümlichen und ſelbſtſtändigen rechtsphiloſophiſchen Begriff, wonach die aequitas das leitende Princip des geſammten jus oder des jus humanum vertritt und die Bedeutung einer Gleichheit der Rechtsſachen, wie der Perſonen vor dem Geſetze annimmt, und über deſſen ſachliche Bedeutung wir uns dahin auszuſprechen haben, daß derſelbe als ein mißlungener Verſuch zu betrachten iſt, die vulgäre aequitas in eine directe und innere Verbindung mit dem rechtsphiloſophiſchen Syſteme zu ſetzen (Beilage I §. 8).

So nun finden wir bei Cicero die aequitas in einer dreifachen Erſcheinungsform:

1. als vulgäre und zugleich auch generelle aequitas, ſomit als Inbegriff der durch die volksthümliche Rechtsanſchauung gegebenen Normen; ſie findet ihren Gegenſatz bald im jus, bald im iniquum;

2. als wiſſenſchaftliche und zugleich auch ſpecielle aequitas, als welche ſie ein einzelnes, beſtimmtes, aus der vulgären aequitas heraustretendes Rechtsprincip vertritt und ihren Gegenſatz in der justitia, der ratio juris civilis und ähnlich findet;

3. als rein philoſophiſchen Begriff, der, in Wahrheit vollkommen ſelbſtſtändig neben jenen beiden, das leitende Princip des geſammten jus oder des jus humanum bezeichnet, und in letzterer Beziehung ſeinen Gegenſatz findet in der religio, als dem maßgebenden Principe des jus divinum.

Dieſen letzteren Begriff haben wir, weil derſelbe für unſere Unterſuchung ein nur untergeordnetes Intereſſe bietet, nach Beilage I verwieſen.

§. 7.

Vulgäre aequitas.

Daß die vulgäre aequitas zu irgend welchem Zeitpunkte die nämliche Stellung gegenüber dem Rechte einnahm, welche wir noch jetzt der deutſchen Billigkeit zuerkannten (§. 3), kann einem Zweifel nicht unterliegen, denn zu irgend welcher Zeit ſtand die rechtliche Anſchauung des römiſchen Volkes noch im Einklange

mit deſſen Rechte in ſeiner Geſammtheit, und zu dieſer Zeit konnte die aequitas als eine ſelbſtſtändige Potenz nur inſoweit vom jus ſich ablöſen und dieſem gegenübertreten, als es ſich um die Anwendung des Letzteren auf den concreten Fall handelte. Erſt von dem Zeitpunkte an, wo die Rechtsanſchauung der Nation in einen allgemeineren und weitgreifenden Widerſpruch zu dem gegebenen jus trat, erſt von da an konnte die aequitas ohne jene Beziehung auf das Concrete als eine anders lautende, ſelbſtſtändige, abſtracte Regel dem jus gegenübertreten. Die weitere Frage aber, ob eine derartige Umgeſtaltung der Verhältniſſe in der gegenwärtigen Periode bereits eingetreten, können wir nach dem in §. 4 Bemerkten in der That bejahen, wobei freilich die näheren Belege hierfür ihrer Beſchaffenheit nach den folgenden Theilen unſeres Werkes vorbehalten bleiben müſſen.

Wenn wir ſonach die Annahme ſtatuiren, daß die römiſche aequitas auch als unmittelbarer Ausdruck der volksthümlichen Rechtsanſchauung bereits in dieſer Periode jenen eigenthümlichen Typus an ſich trug, der während der folgenden Periode als charakteriſtiſch hervortritt, ſo liegt andrerſeits in der Thatſache, daß dieſe vulgäre aequitas erſt in einer ganz partiellen Beziehung, lediglich in einem einzelnen der ihr inliegenden Principien in das Gebiet der wiſſenſchaftlichen und theoretiſchen Reflexion übergetreten iſt, zugleich der Grund dafür, daß wir einen beſtimmten und des geſammten Inhaltes der Vorſtellung ſich wohlbewußten Ausdruck der generellen aequitas in den Quellen dieſer Periode nicht erwarten dürfen. Denn erſt der Wiſſenſchaft liegt das Vermögen inne, die dem Volksgeiſte inwohnende und in ihm wirkende und ſich offenbarende Idee der Allgemeinheit des Begriffes entgegenzuführen und zur bewußten Vorſtellung zu erheben, während die Anſchauung des Volkes ſelbſt nur am Concreten haftet. Bei ſolcher Auffaſſung aber kann auch der Ausdruck des Gedankens ſelbſt nur ein concreter ſein, daher wir in den Ausſprüchen der Quellen dieſer Periode faſt nur vereinzelte, an das in's Auge gefaßte Verhältniß unmittelbar ſich anlehnende Aeußerungen, am wenigſten aber Kundgebungen der leitenden Principien ſelbſt oder gar eine Reflexion über dieſelben zu erwarten haben. Die thatſächliche und wirk-

liche Exiſtenz ſolcher Principien offenbart ſich jedoch in dem Gange der Rechtsbildung ſelbſt, der gegenüber wir allerdings der aequitas einen thatſächlichen, unmittelbaren, bedeutungsvollen Einfluß einzuräumen haben, daher wir da, wo wir die Rechtsbildung näher in's Auge faſſen, auf die gegenwärtige Frage nochmals zurückkommen werden.

Faſſen wir nun die quellenmäßigen Zeugniſſe dieſer Periode ſelbſt in's Auge, ſo beſtätigen dieſe allenthalben die gemachte Bemerkung: ohne daß wir in denſelben einzelne abſtractere Gedanken zu verkennen haben, erſcheinen dieſelben doch überwiegend als Ausdruck einer rein concreten Anſchauung, während gleichzeitig auch die Beſchaffenheit derartiger Ausſprüche, wie insbeſondere auch ihre zu geringe Zahl es nicht geſtattet, eine ſelbſtſtändige Abſtraction auf dieſelben zu ſtützen, ja nur eine fruchtbringende Reflexion mit denſelben zu verbinden, daher uns gegenwärtig nur die Aufgabe verbleibt, das geſammelte Quellenmaterial einfach zuſammenzuſtellen, dagegen die daraus etwa zu gewinnenden Reſultate mit den in den folgenden Theilen zu beſchaffenden weiteren Unterlagen in Verbindung zu ſetzen.

Als Bezeichnungen der vulgären und generellen aequitas finden wir in den Quellen dieſer Periode die Ausdrücke: aequitas, aequum, aequum et bonum, aequum bonum, bonum et aequum [10]), und den Gegenſatz dazu bildet ſowohl das jus, wie anderntheils das iniquum. Die Quellenſtellen ſelbſt aber, in denen der aequitas in einer beachtenswertheren Weiſe gedacht wird, ſind folgende:

Plautus, Menaechm. IV, 2, 10: Qui neque leges, neque aequom bonum usquam colunt;

Trin. II, 4, 187: Aequum videtur, quin, quod peccarim — potissumum mihi id obsit;

Vergl. Rud. prol. 47. II, 2, 6. Bacch. III, 3, 84. Poen. III, 5, 50. 6, 5. Trin. IV, 3, 33.

Cato, Oratio pro Rhodiensibus in lib. V Orig. bei Gell. N. A. VII, 3: Quis tandem est nostrum, qui — aequum censeat, quempiam poenas dare ob eam rem, quod ar-

10) Bei Cicero habe ich jedoch dieſe letzteren drei Formen lediglich als Bezeichnungen der ſpeciellen aequitas vorgefunden.

guatur male facere voluisse; und: Honorem non aequum est haberi ob eam rem, quod benefacere voluisse quis dicit, neque fecit tamen;

Terent. Adelph. I, 1, 39: Nimirum ipse est durus praeter aequumque et bonum;

Phorm. IV, 3, 32: Si tu aliquam partem aequi bonique dixeris;

Ad. IV, 3, 10: Si ita aequum censes;

Heaut. I, 1, 39: Non aequum facis;

Vergl. Ad. V, 3, 17. Andr. II, 5, 18. V, 3, 30. Eun. III, 2, 25. Heaut. II, 1, 2.

Cicero, de Offic. I, 9, fin., Partit. 28, 100: aequitas et jus;

de Inv. II, 32, 100. p. Caec. 28, 81: jus et aequitas;

p. Planc. 13, 33: aequitas juris;

de Fin. III, 21, 71: quidquid aequum justumque esset, id etiam honestum, vicissimque, quidquid esset honestum, id justum etiam atque aequum fore.

ad Planc. in Epist. ad Attic. XVI, 16. B: aequitas causae.

p. Balb. 27, 60: aequa lex et nobis atque omnibus — vehementer utilis.

de Inv. I, 11, 14: civilis mos et aequitas, wofür de Inv. II, 21, 62 geſagt iſt jus civile.

Partit. 19, 66: Sitne aequum, amicos cognatis anteferre?

de Offic. III, 18, 74: Num erat aequum, principes cives rem habere, ad Satrium nihil praeter nomen pervenire?

p. Cluent. 2, 6: Postulo primum id, quod aequissimum est, ut ne quid huc praeiudicati afferatis.

de fat. 4, 7: Sed Posidonium, sicut aequum est, cum bona gratia dimittamus.

de Offic. I, 9, 30: Bene praecipiunt, qui vetant, quidquam agere, quod dubites, aequum sit an iniquum. Aequitas enim lucet ipsa per se, dubitatio cogitationem significat injuriae.

p. Quint. 2, 6: non minus saepe ei venit in mentem potestatis, quam aequitatis tuae.

Ibid. 14, 45: Quis tandem nobis ista jura tam aequa describit? quis hoc statuit, quod aequum sit in Quinctium, id iniquum esse in Naevium?

Ibid. 22, 71: cui neque magistratus adhuc aequus inventus est.

p. Rosc. Am. 2, 7: si vobis aequa et honesta postulatio videtur, judices.

Sallust. Jug. 15: pauci, quibus bonum et aequum divitiis carius erat.

Ibid. 35: Fit reus magis ex aequo bonoque, quam ex jure gentium Bomilcar.

Hist. fr. I, 19. G: intelliget, se metu magis quam aequo et bono sustentatum.

Hist. fr. Inc. 10. G.: inter arma civilia aequi boni famas petit.

Cat. 9: aequitate seque remque publicam curabant.

Vergl. Cat. 51.

Livius, XXXIV, 31, 9: aequitas rei;

XXXVII, 36, 1: legatus postquam nihil aequi in consilio impetrare se censebat.

Endlich gehört hierher die in der Formel des arbitrium rei uxoriae vorkommende Clauſel: aequius melius.

Eine beſondere Erwähnung verdient endlich ein Cyklus von Stellen, in denen Cicero der vulgären aequitas eine beſondere Stellung in ſeinem rhetoriſchen Syſteme anweiſt, nämlich de Inv. I, 11, 14. II, 23, 69. 36, 109. Partit. 19, 66. 67. 28, 100. 29, 102. und Top. 25, 94; ſowie de Inv. II, 4, 12. 51, 156. Partit. 28, 98., wozu auch 28, 100., und Top. 24, 91., wozu 25, 94.; hierbei allenthalben wird die vulgäre aequitas jedoch nur als Norm der Beurtheilung des Rechtes und der Rechtsverhältniſſe, und zwar hier ebenſowohl als übereinſtimmend, wie als widerſtreitend mit dem Rechte in's Auge gefaßt; nicht dagegen wird dieſelbe als ſelbſtſtändige Quelle des Rechtes betrachtet, vielmehr fällt ſie in der letzteren Beziehung in die Sphäre der honestas, welche nach der Theorie Cicero's neben der utilitas und necessitudo die neuen Rechtsſatzungen erzeugt [11]).

§. 8.

Wiſſenſchaftliche aequitas.

Von den Principien, welche in den im Geiſte der letzten Hälfte der Republik gebildeten Rechtsſatzungen ſich kund geben,

11) Die weitere Benutzung dieſer Stellen folgt in Thl. III.

faßt Cicero und wohl auch ſeine Zeit nur ein einzelnes, obwohl weitgreifendes und folgereiches Princip unter der Bezeichnung aequitas als wiſſenſchaftlichen Begriff in's Auge. Wir können daher ſagen, daß Cicero und die Wiſſenſchaft dieſer Periode der aequitas als ſolchen doctrinellen Begriffes nur erſt in einer einzigen Beziehung, in jenem einzelnen Principe ſich bewußt geworden iſt, während die übrigen Beziehungen im Rechte, welche die Kaiſerzeit dieſer aequitas unterordnet, im Zeitalter Cicero's in ein auf wiſſenſchaftlicher Erkenntniß beruhendes Verhältniß zur aequitas noch nicht gelangt waren und erſt allmählig im weiteren Entwickelungsgange der Rechtsbildung zu jener doctrinellen Unterordnung unter die aequitas emporgehoben wurden.

Jener Begriff der wiſſenſchaftlichen und ſpeciellen aequitas bei Cicero ergiebt ſich aus folgendem:

Cicero ſagt Part. 37, 129. 130:

> Quod (sc. jus) dividitur in duas partes primas: naturam atque legem, et utriusque generis vis in divinum et humanum jus est distributa, quorum aequitatis est unum, alterum religionis. Aequitatis autem vis est duplex: cujus altera directo et veri et justi, et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur; altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet;

ſowie Top. 23, 90:

> Aequitas tripartita dicitur esse: una ad superos Deos, altera ad manes, tertia ad homines pertinere; prima pietas, secunda sanctitas, tertia justitia aut aequitas dicitur.

Der Sinn dieſer Stellen [12]) iſt folgender: in Partit. erklärt Cicero die aequitas (in dem hier nicht weiter in Frage kommenden rechtsphiloſophiſchen Sinne) für das leitende Princip des jus humanum. Dieſes jus humanum oder, wie Cicero ſagt, dieſe aequitas zerfällt in zwei Gebiete, deren eines durch die Beziehung auf die vicissitudo referendae gratiae bezeichnet, deren

12) Vergl. wegen dieſer Stellen Beilage I §. 2 und 5. Die Erwähnung der ſpeciellen aequitas und ihres Gegenſatzes in dieſen Stellen erklärt ſich daraus, daß dieſe zu Cicero's Zeit ſtark hervortrat, weil in ihr ein ſchroffer Principienſtreit ſich offenbarte, gerade Cicero aber an dieſem lebhaft Theil nahm.

anderes aber nicht beſonders benannt wird; vielmehr wird dieſes letztere Gebiet nur nach den daſſelbe beherrſchenden Principien bezeichnet und zwar demgemäß theils der veri et justi ratio, theils der aequi et boni ratio unterſtellt. Hiermit wird alſo innerhalb der aequitas oder des jus humanum ein doppeltes Princip geſchieden: das des verum et justum und das des aequum et bonum.

In den Topica theilt Cicero die von Plato aufgeſtellte trichotomiſche Eintheilung des Rechtes mit; der eine Theil umfaßt das jus humanum, und dieſes unterliegt einem doppelten Principe: entweder der justitia oder der aequitas.

Die Nebeneinanderſtellung beider Stellen ergiebt daher: daß das Princip des verum et justum die justitia, das Princip des aequum et bonum die aequitas iſt und beide Principien dem jus humanum oder der aequitas im Sinne der Beilage I angehören. Endlich kehren in der nämlichen Bedeutung die Gegenſätze von aequitas und justitia in de Rep. I, 2 wieder, worüber ebenfalls Beilage I §. 4 sq. zu vergleichen iſt [13]).

In ähnlichem Sinne wie dieſe beiden Gegenſätze, aber noch weit häufiger, finden ſich folgende Gegenſätze:

aequum et bonum und jus civile: Partit. 28, 100. Brut. 38, 143.

aequum et bonum und summum jus: p. Caec. 23, 65.

aequum und jus: Brut. 39, 145.

aequi bonique ratio und jus: p. Caec. 28, 80.

aequitas und jus: de Offic. III, 16, 67. de Orat. I, 38, 173. 56, 240., p. Caec. 36, 104. fin.

aequitas und juris civilis ratio: p. Caec. 27, 78.

aequitas und verbi ratio: p. Caec. 24, 66.

aequitas und verba oder verbum: p. Caec. 13, 37. 17, 49. 24, 67. 36, 104. p. Mur. 12, 27.

---

13) Aequitas und justitia kehren in allen dieſen Stellen in doppelter Bedeutung wieder: theils als Oberbegriffe, wo beide dem jus reſp. dem jus humanum entſprechen, theils als Unterbegriffe, wo aequitas und justitia die Glieder jener aequitas oder justitia bilden. Der erſtere Begriff der aequitas iſt der rechtsphiloſophiſche, der letztere der juriſtiſche; nur iſt der erſtere ein weiterer, der letztere ein engerer.

aequitas rei und verbi laqueus: p. Caec. 29, 83.
aequum et bonum und verba et litterae: p. Caec. 23, 65.
aequi bonique ratio und verbum et scriptum: p. Caec. 28, 80.
campus aequitatis und verborum angustiae et litterarum anguli: p. Caec. 29, 84.
aequum et bonum und scriptum: Brut. 39, 145.
aequitas und scriptum: de Orat. I, 57, 244.
aequitatis ratio und verborum vis ac nominum: p. Caec. 20, 58.
voluntas et aequitas und verbum: p. Caec. 23, 66.
voluntas scriptoris und scriptum: p. Caec. 23, 65.
voluntas und verba: p. Caec. 18, 53.
voluntas et sententia und verba: Partit. 31, 108.
voluntas et consilium et sententia interdicti und verborum error: p. Caec. 18, 50.
sententia und scriptum: Partit. 31, 108.
sententia und verba: p. Caec. 20, 57. 30, 86. Top. 25, 96.
consilium et sententia und verba: p. Caec. 28, 81.
res et sententia und verbum: p. Caec. 28, 79. 30, 86.
res und verbum oder verba: de Orat. I, 57, 243. p. Caec. 11, 32. 21, 59. 31, 89. 90.

endlich

id quod intelligitur und id quod dicitur: p. Caec. 28, 81. und ähnliche Ausdrücke mehr [14]).

Endlich gehört zur Classe dieser Stellen der Gegensatz, welchen Cicero in seinen Systemen der Rhetorik technisch durch scriptum et voluntas, oder scriptum et sententia bezeichnet, Stellen, welche im III. Theile angegeben und in Betracht gezogen werden; dagegen sind nicht jenen obigen Belegen beizuordnen die Stellen, in denen nicht blos der sachliche Gegensatz, sondern zugleich ein Urtheil ausgesprochen ist, z. B. aequum et bonum und calcidum versutumque jus in p. Caec. 23, 65.

Alle jene verschieden bezeichneten Gegensätze stehen unter der Herrschaft eines einzigen, ganz bestimmten und fest begränzten Verhältnisses, des Gegensatzes nämlich, in dem die von uns als wissenschaftliche und specielle bezeichnete aequitas zu dem ihr

14) Ohne Gegensatz stehen synonym: sententia legis und aequitas p. Planc. 17, 42., voluntas und aequitas p. Caec. 23, 66. u. a. m.

widerſtrebenden Rechtsprincipe ſteht, ein Gegenſatz, der in ſeinen hiſtoriſchen Beziehungen dem III. Theile anheimfällt, hier aber im Nachſtehenden in ſeiner Bedeutung als Lehrbegriff zu erörtern iſt.

Hierbei wenden wir uns zunächſt zur Betrachtung des Principes ſelbſt, auf welchem jene Begriffe beruhen.

§. 9.

Fortſetzung.
(Das durch die wiſſenſchaftliche aequitas vertretene Rechtsprincip.)

Die Norm, welche der Privatmann in dem Rechtsgeſchäfte aufſtellt, wie die Satzung, welche der Staat als Geſetz ausſpricht, iſt Recht, und als ſolches bindende Macht für Jeden, der ihrer Herrſchaft unterworfen iſt. Aeußerlich giebt dieſes Recht ſich kund in Worten [15]), ſeinem inneren Weſen nach aber erſcheint es als Kundgebung des Gedankens oder Willens des Conſtituenten. Seine Elemente ſind daher zwiefach: Wort und Gedanke.

Beide Elemente der Rechtsſatzung verhalten ſich friedlich zu einander, ſo lange ſie ein harmoniſches Ganze bilden, und das Wort der Satzung und der Gedanke des Conſtituenten adäquat ſind. Die Frage, welches von beiden herrſche, iſt für dieſen Fall ohne Bedeutung, weil bei der Congruenz Beider die Herrſchaft des Einen von Beiden des äußeren Kennzeichens entbehrt. Dennoch müſſen Beide in dem Verhältniſſe einer herrſchenden und einer dienenden Potenz zu einander ſtehen, da das Princip eines vollkommenen Gleichgewichtes Beider nicht denkbar iſt. Dieſes Verhältniß ſelbſt aber offenbart ſich, ſobald die normale Uebereinſtimmung beider Elemente geſtört und die organiſche Einheit der Satzung dadurch aufgehoben iſt, daß das Wort der Satzung und der Wille oder Gedanken ihres Conſtituenten ſich nicht mehr decken. Dieſer Zuſtand bedingt einen Widerſpruch zwiſchen Beiden, und jedes Recht muß daher das Verhältniß

---

15) In abstracto kann man zwar jede Kundgebung des Willens in Bezug auf die vorliegende Frage in Betracht ziehen, allein von unſerem hiſtoriſchen Standpunkte aus iſt dies nicht gerechtfertigt.

einer Suprematie des Einen über das Andere feſtſetzen. Die Annahme eines ſolchen Verhältniſſes bietet ein Princip dar, welches, im Geiſte der Nation wurzelnd und aus dieſem hervorgegangen, ſelten im Rechte beſonders ausgeſprochen werden wird, wohl aber in zahlreichen concreten Erſcheinungen ſich kund geben muß.

Somit erkennen wir ein doppeltes Princip der Legislationen bei Auffaſſung und Erkenntniß der Rechtsſatzung: das Princip der Suprematie des Wortes der Satzung über den Willen d. i. den Gedanken des Conſtituenten, und das der Suprematie des Willens über das Wort.

Das erſtere Princip faßt das Wort in ſeinem eigenen d. i. allgemein ſprachlichen Sinne und außerhalb ſeiner individuellen Beziehung zum Disponenten in's Auge: dem Letzteren ſteht zwar die Wahl des Wortes frei; es liegt ſomit in ſeiner Gewalt, ſeinem Willen den nach allgemein ſprachlichen Regeln genügenden, lexicaliſch congruenten Ausdruck zu verleihen; allein ſobald das Wort verlautbart iſt, befreit es ſich von der Abhängigkeit vom Willen des Conſtituenten: es gewinnt ſeine eigene Selbſtſtändigkeit wieder und tritt auf als eigene Macht; bezüglich ſeines Sinnes unabhängig von dem Gedanken des Redenden und deſſen individuellem Willen. Wir bezeichnen daher dies Princip als das der abſoluten Herrſchaft des Wortes.

Das Princip der Suprematie des Willens über das Wort dagegen läßt das Letztere nur im Sinne des Conſtituenten, alſo in einer ungelöſten Relation zu deſſen conſtitutiven Gedanken erſcheinen: das Wort bleibt auch nach ſeiner Kundgebung durch den Mund des Conſtituenten in ſteter Abhängigkeit und Beziehung zu ſeinem Urheber; der bei der Verlautbarung der Dispoſition maaßgebende Gedanke des Letzteren beherrſcht es, ſo lange es als deſſen eigenes Wort nur gilt, und determinirt ſeinen Sinn und Bedeutung. Hier alſo ſteht dem Handelnden nicht blos die Wahl ſeines Wortes, ſondern auch ein Einfluß auf deſſen Bedeutung zu, weil das Wort immer nur in dem Sinne gilt, in dem es der Urheber ausgeſprochen hatte. Der Gedanke iſt daher hier nicht, wie bei dem erſteren Principe, vollſtändig an ſeine äußere Erſcheinung gefeſſelt, vielmehr beherrſcht der Gedanke des Urhebers das Wort. Die Geltung

des Wortes ist sonach hier nur eine relative, daher wir dieses Princip das der relativen Herrschaft des Wortes nennen [16]).

Dieser Gegensatz beider Principien bildet nun den Mittelpunkt, um welchen die in §. 8 angegebenen Ausdrücke insgesammt sich concentriren, obwohl die Beziehung dieser Bezeichnungen zu jenem Gegensatze im Einzelnen wieder eine vierfach verschiedene ist.

Die erste Classe jener Bezeichnungen benennt nämlich die beiden Principien selbst, welche im Widerstreite einander gegenüberstehen. Sie umfassen die erste und principale Beziehung des Gegensatzes, welcher am vollkommensten durch die Bezeichnungen: aequitas, für das Princip der relativen Herrschaft des Wortes, und justitia, für das Princip der absoluten Herrschaft des Wortes dargestellt wird, für welchen Gegensatz jedoch Cicero auch die Ausdrücke: aequi bonique ratio, aequi et boni ratio, und veri et justi ratio, juris civilis ratio, verbi ratio gebraucht.

Die zweite Gruppe jener Gegensätze bezeichnet die Factoren und Träger jener Principien: Wille oder Gedanken und Wort. Diese Beziehung jenes Gegensatzes der Principien legen die Ausdrücke dar: voluntas, consilium, sententia, res, und: verba, verbum, litterae, scriptum.

Als dritte Classe der Benennungen jener Gegensätze erscheinen die Substrate jener Principien: der Inbegriff der Normen, welche aus der Anwendung jener Principien sich ergeben. Hierfür bieten sich die Ausdrücke: aequum et bonum, aequum, und: verum et justum, jus civile, summum jus, jus.

Endlich die vierte Bezeichnung jenes Gegensatzes lehnt sich an einige jener der zweiten Classe angehörigen Ausdrücke an und bezieht sich auf die Veranlassung, welche jenem Principienwiderstreite das Feld seiner Kundgebung in praktischen Consequenzen eröffnet. Dies findet nach der Auffassung des ciceronianischen Zeitalters lediglich bei der Interpretation des Gesetzes und des Rechtsgeschäftes und hier wiederum aus doppeltem Grunde statt: zunächst nämlich dann, wenn der Ausdruck der in Frage gestellten Disposition, also das Wort in seinem all-

16) Vergl. hierzu Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I. p. 18 sq.

gemein ſprachlichen Sinne dem Willen und Gedanken des Conſtituenten nicht völlig congruent iſt, das Wort alſo dieſen Willen ungenügend vertritt; und ſodann in dem Falle, wo der Wille und Gedanke des Conſtituenten durch ein Wort überhaupt gar nicht vertreten iſt und ſomit in der Dispoſition ſelbſt eine Lücke ſtatt hat. In beiden Fällen der Interpretation treten die beiden Principien einander widerſprechend und feindſelig gegenüber, indem jedes von beiden die Herrſchaft einer anderen Potenz vertritt. Im erſteren jener beiden Fälle ſtellt dabei die aequitas den Willen als das herrſchende Agens im Rechte hin, die justitia dagegen das Wort; im letzteren Falle negirt die justitia einfach die rechtliche Exiſtenz der nicht in Worten verlautbarten Willensbeſtimmung, während die aequitas ſolche anerkennt. Dieſer letztere Fall wird von der römiſchen Rhetorik ratiocinatio genannt, trägt alſo in dieſer ſeiner Bezeichnung keine Andeutung des Gegenſatzes der Principien in ſich; dagegen der erſtere Fall der ungenügenden Vertretung des Willens durch das Wort wird nach den durch die widerſtreitenden beiden Principien gebotenen verſchiedenen Schwerpunkten der Interpretation im Allgemeinen als scriptum et voluntas oder scriptum et sententia techniſch bezeichnet und umfaßt in dieſer Benennung die Gegenſätze der interpretatio ex scripto, wie der interpretatio ex voluntate oder sententia.

Alle dieſe letzteren drei Claſſen von Begriffen bezeichnen ſomit nur die verſchiedenen Radien je Eines Kreiſes und laufen je in Einem Mittelpunkte, in den beiden Principien ſelbſt zuſammen, obgleich dieſer einheitliche Ausgang etwas verdeckt wird durch die obige vierfache Verſchiedenheit der im Einzelnen gebrauchten Bezeichnungen. Für die Terminologie Cicero's iſt jedoch dieſe ſachliche und weſentliche Verwandtſchaft, die in jenen vier Begriffsclaſſen gemeinſam obwaltet, allein maßgebend geweſen gegenüber der Anforderung eines formalen Ebenmaaßes und einer logiſch normalen Gegenüberſtellung der entſprechenden Begriffe, daher derſelbe nur in der vierten Claſſe jener Gegenſätze unwandelbar die entſprechenden Glieder mit einander verbindet, dagegen die den erſten drei Claſſen angehörigen Gegenſätze willkührlich einander entgegenſetzt, und ſo verſchiedene Beziehungen der beiden widerſtreitenden Principien, wie aequitas

und jus, aequum et bonum und verba in einen formal unrichtigen Gegensatz zu einander stellt.

§. 10.

Fortsetzung.
(Nähere Belege für die wissenschaftliche aequitas).

Die Stellen, welche die weiteren Belege für das Wesen des Gegensatzes von aequitas und justitia und dessen weitere Consequenzen enthalten, lassen sich füglich unter drei verschiedene Gesichtspunkte ordnen. Hiernach sind dies theils Stellen, in welchen Cicero eine weitere Ausführung und Beschreibung jenes Gegensatzes bietet; theils Stellen, welche uns Rechtsfälle vorführen, in denen jener Gegensatz sich kund gab, indem er den Streitpunkt der Parteien bildet, und in denen nun Cicero den Parteistandpunkt ausdrücklich durch die Gegensätze jus und aequitas oder ähnlich bezeichnet; theils endlich Stellen, in denen die Lehre von der Interpretation mit Rücksicht auf jenen Gegensatz theoretisch entwickelt wird. — Da jedoch die dieser letzteren Classe angehörigen Stellen in dem III. Theile dieses Werkes eine weiter gehende Berücksichtigung finden müssen, so begnügen wir uns, hier nur die ersten beiden Arten von Belegen in Betracht zu ziehen, dagegen wegen der weiteren Quellenstellen auf den III. Theil zu verweisen, wo eine historische und sachliche Erörterung dieser beiden Principien folgen wird.

Zunächst kommen demnach als Belege in Betracht p. Caec. 23, 65:

> Ceteri tum ad istam hortationem (sc. Ictorum auctoritati obtemperari non oportere) decurrunt, cum se in causa putant habere aequum et bonum, quod defendant; si contra verbis et litteris et, ut dici solet, summo jure contenditur, solent ejusmodi iniquitati Aequi et Boni nomen dignitatemque opponere. Tum illud, quod dicitur „Sive Nive", irrident; tum aucupia verborum et litterarum tendiculas in invidiam vocant; tum vociferantur, ex aequo et bono, non ex callido versutoque jure rem judicare oportere; scriptum sequi, calumniatoris esse; boni judicis, voluntatem scriptoris auctoritatemque defendere;

und p. Mur. 12, 27:

In omni denique jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt.

Von noch höherer Bedeutung ſind jedoch die Stellen, welche uns Rechtsfälle vorführen, in denen der Streitpunkt auf jenem Gegenſatze der Principien beruhte.

Zunächſt kommt hier in Betracht der berühmteſte aller privatrechtlichen Proceſſe des Ciceronianiſchen Zeitalters, die causa Curiana. Ein gewiſſer Coponius hatte nämlich den M.' Curius zum Erben eingeſetzt, wobei die Teſtamentsbeſtimmung ungefähr folgender Maaßen lautete:

Si mihi filius genitur unus pluresve *post mortem meam* in X mensibus *proximis*, is mihi heres esto; si mihi filius genitur isque prius moritur, quam in suam tutelam venerit, tum mihi M.' Curius secundus heres esto [17]).

Nach des Coponius Tode wird nun aber überhaupt kein postumus geboren und, in Ermangelung von sui deſſelben, beanſprucht nun deſſen nächſter Agnat, M. Coponius die legitima agnatorum hereditas, wie die bonorum possessio unde legitimi, während M.' Curius die legitima hereditas ex testamento behauptet. Die Sache kam zum Proceß und als hereditatis petitio vor das Centumviralgericht zur Entſcheidung, wobei nach Cic. p. Caec. 24, 69. M.' Manilius Präſident desjenigen consilium war, welches die Sache entſchied. Die berühmteſten

17) Nur die curſiv gedruckten Worte habe ich nach eigenem Ermeſſen beigefügt, die übrigen aus Cicero ſelbſt entnommen; die Ergänzung iſt mit Sicherheit unmöglich, weil jenes ungeſchickte Teſtament eben nicht nach den Regeln der Cautelarjurisprudenz abgefaßt war. Scaevola ſagte in dieſer Beziehung: quam captiosum esse populo, quod scriptum esse negligi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere, Cic. Brut. 52, 196. Der Fehler in der Faſſung des Teſtamentes, welcher den obigen Rechtsſtreit zur Folge hatte, lag darin, daß nicht geſagt war: Si mihi filius genitur unus pluresve post mortem meam in X mensibus proximis, is heres esto; si mihi filius heres non erit, sive erit et prius morietur (oder moriatur), quam in suam tutelam venerit, tum mihi M.' Curius secundus heres esto. Vergl. Modestin lib. 2 Pandect. (l. 1 §. 1 D. de vulg. et pup. 28, 6) und Gajus II, 179 (auch in pr. J. de pup. subst. 2, 16). Techniſch gefaßt läßt ſich der Fehler dahin bezeichnen, daß der Teſtator nicht eine Vulgarſubſtitution mit der Pupillarſubſtitution für den Poſtumus verbunden hatte.

Redner ihrer Zeit vertreten die Partheien und zwar Qu. Mucius Scaevola Pontif. die Sache des Klägers M. Coponius, während L. Licinius Craſſus den Beklagten M.' Curius vertheidigt. Den Schwerpunkt des Streites bildet die Frage, ob das Wort des Teſtamentes oder der Wille des Teſtator als maaßgebende Norm, als herrſchende Potenz zu gelten habe; denn während der Wille des Teſtator offenbar dahin geht, daß in Ermangelung mündiger ehelicher Söhne M.' Curius Erbe werden ſoll, ſo beruft dagegen das Wort des Teſtamentes den Letzteren nur dann zur Erbſchaft, wenn ein postumus geboren wird und unmündig wieder verſtirbt. Craſſus vertheidigt die erſtere Anſicht, vertritt alſo die aequitas, während Scaevola die letztere Anſicht, und ſomit die justitia vertheidigt. Scaevola unterliegt jedoch, indem das Princip des aequum et bonum obſiegt.[18]) Den Standpunkt des Craſſus bezeichnet nun Cicero folgender Maaßen:

in explicanda aequitate nihil erat Crasso copiosius, idque cum saepe alias, tum apud centumviros in M.' Curii causa cognitum est; Brut. 39, 144.

aequum bonum, testamentorum sententias voluntatesque tutatus est; Brut. 53, 198.

multa — contra scriptum pro aequo et bono dixit; Brut. 39, 145.

patrocinium aequitatis et defensio testamentorum ac voluntatis mortuorum; de Orat. I, 57, 242.

und bezeichnet deſſen Sieg mit den Worten:

quae res igitur valuit? Voluntas! p. Caec. 18, 53.

---

18) Ueber die causa Curiana handeln: Cic. de Orat. I, 39, 180. 56, 238. 57, 242—244. II, 6, 24. 32, 140. 141. 54, 221. de Inv. II, 42, 122. Brut. 39, 144. 145. 52, 194—53, 198. 73, 256. Top. 10, 44. p. Caec. 18, 53. 24, 67—69. Boeth. ad Top. p. 341. Or. Quint. I. O. VII, 6, 9. 10. Werthlos ſind die Erwähnungen bei Siccama, de iudic. centumvir. ed. II. p. 165 u. 211 u. Bach, hist. jurispr. lib. II. c. II. sect. IV. §. 15. not. g. Mit der causa Curiana war die Frage über den Effect derartig formulirter Subſtitutionen keineswegs entſchieden, vielmehr erledigten noch die Kaiſer Antoninus und Verus durch ein Reſcript ähnliche Zweifel in der von Craſſus vertretenen Modalität, vergl. Modestin. lib. sing. de Henremat. (l. 4 pr. D. de vulg. et pup. 28, 6.): Jam hoc jure utimur ex divi Marc et Veri constitutione, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non exstiterit, sive exstiterit et impubes decesserit.

dahingegen den Standpunkt des Scaevola bezeichnet Cicero durch die Ausdrücke:

ex scripto iura testamentorum defendit; de Orat. I, 39, 180.

ejus omnis oratio versata est in eo, ut scriptum plurimum valere oportere defenderet; de Orat. I, 57, 244.

multa de conservando jure civili [dixit]; Brut. 52, 197.

verbis oppugnare aequitatem videbatur; p. Caec. 24, 67.

in jure, in quo illa causa vertebatur, paratissimus [Scaevola]; Brut. 39, 145.

Ein ähnliches Verhältniß waltete ob in der Rechtsſache des M. Marius Gratidianus wider C. Sergius Orata. Im Wege einer Interpretation der XII Tafeln war nämlich die Rechtswiſſenſchaft zu dem Satze gelangt:

Quidquid esset in praedio viti, id, si venditor scisset, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere; Cic. de Off. III, 16, 65.

Gratidianus hatte nun von dem Orata ein Haus erkauft und ſpäter dem Letzteren zurückverkauft; da dieſes Haus bereits vor der erſten Mancipation mit einer Servitut belaſtet, ſomit alſo bei der zweiten Mancipation beiden Contrahenten die Exiſtenz jener Servitut wohl bekannt war, ſo hatte Gratidianus in der lex mancipii des Rückverkaufes dieſe auf dem Hauſe laſtende Servitut nicht beſonders erwähnt. Auf Grund deſſen klagte nun Orata, durch Craſſus vertreten: quod viti venditor non dixisset sciens, id oportere praestari; M. Antonius hingegen, den Gratidianus vertretend, ſtellte der Klage entgegen: quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedis vendidisset, nihil fuisse necesse dici, nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo jure esset, teneret.[19]) Den Streitpunkt bildet hier die Interpretation jenes durch das jus civile recipirten Rechtsſatzes nach der doppelten Richtung: ob jener Rechtsſatz nach dem Sinne der durch die Wiſſenſchaft ihm gegebenen Worte oder nach dem Sinne ſeiner Urheber gelte und ob ſomit die Kenntniß der Fehler auf Seiten des Abkäufers gar nicht oder als

19) Cic. de Offic. III, 16, 67. de Orat. I, 39, 178.

begründeter Ausnahmefall gegenüber jener rechtlichen Bestimmung in Betracht komme. Crassus vertritt, indem er jenen ersteren Satz vertheidigt, die justitia, und zwar erfolgreich [20]), während Antonius in der entgegenstehenden Ansicht der aequitas die Herrschaft vindicirt; daher sagt Cicero de Off. III, 16, 67.:

Jus Crassus urgebat — —, aequitatem Antonius.

Ganz analog stehen diese Ausdrücke in Bezug auf eine Rechtsfrage, wo Crassus und C. Galba verschieden respondirten und rücksichtlich deren Cicero de Orat. I, 56, 240. dem Galba ein multa pro aequitate contra jus dicere beimißt.

Als weitere Belege kommen hier in Betracht sowohl der Rechtsstreit des A. Caecina wider den Sex. Aebutius, dessen einschlagender Streitpunkt im folgenden Paragraphen erörtert werden wird, sowie der Proceß zwischen M. Tullius und P. Fabius, worin Cicero für den Ersteren die aequitas geltend macht, indem er, wie er p. Tull. §. 13. selbst angiebt, als die maaßgebende Norm das consilium des Prätor M. Lucullus hinstellt, welches diesen bei Aufstellung des die actio de vi hominibus coactis armatisve begründenden Edictes geleitet hatte, während L. Quinctius die Vertheidigung des Fabius vornämlich auf die justitia gestützt hatte, nämlich auf die abstract sprachliche Bedeutung der Edictsclausel: dolo malo. In Bezug auf diesen Proceß sagt aber Fortunatus, art. rhet. schol. II. p. 77. Capp.:

Voluntas legis quot modis consideratur? — — Tertio, quum exemplo multarum legum probamus; praesentem quoque legem ita sentire, ut nos defendimus, sicut Tullius fecit pro M. Tullio et pro Caecina. [21])

---

20) Dies ergiebt sich aus den Worten: Sed hujusmodi reticentiae jure civili omnes comprehendi non possunt; quae autem possunt, diligenter tenentur; de Off. III. 16, 67., auf welche nun die Erzählung des obigen Falles folgt. In Uebereinstimmung mit dem Antonius beantwortete dagegen Ulpian diese Frage in lib. 28 ad Sabin. (l. 1. §. 1. in fin. D. de act. emt. 19, 1.) und dies jedenfalls ganz im Geist seiner Zeit.

20) Vergl. übrigens Cic. pr. Tull., insbes. §. 38, 39., sowie andrerseits §. 8—13. u. 41—43. Anderweite Beispiele solcher Processe, in denen der Gegensatz von jus und aequitas zu Tage trat, folgen in Thl. III. Hierher gehörten nur diejenigen, bezüglich deren der Partheistandpunkt technisch bezeichnet ist.

§. 11.

Fortſetzung.

(Wiſſenſchaftliche Aequitas im Proceſſe des A. Caecina wider Sex. Aebutius.)

Der Streitpunkt im Proceſſe des A. Caecina wider den Sex. Aebutius, inſoweit derſelbe dem hier in Frage ſtehenden Geſichtspunkte ſich unterordnet, iſt folgender:

Aebutius hatte mit Hülfe bewaffneter Männer dem Caecina den Zutritt zu dem fundus Fulcinianus verwehrt. Caecina erlangte in Folge deſſen vom Prätor des Inderdictum de vi hominibus coactis armatisve, welches ungefähr dahin lautete:

> Unde tu, Sex. Aebuti, aut familia aut procurator tuus A. Caecinam aut familiam aut procuratorem illius vi hominibus coactis armatisve dejecisti, qua de re agitur, eo restituas. [22])

Da jedoch Aebutius trotz dieſes Decretes die Reſtitution verweigerte, ſo ward, nach vorgängiger üblicher Pönalſtipulation der Partheien, das Proceßverfahren vor Recuperatoren eröffnet.

Den Klaggrund bildet die Behauptung des Caecina, daß Aebutius dieſe Stipulation verwirkt habe; wogegen C. Calpurnius Piſo, der Anwalt des Aebutius, ſeine Vertheidigung darauf fundirt, daß die in Frage befangene Handlungsweiſe des Aebutius nicht dem im Interdicte aufgeſtellten Thatbeſtande entſpreche. Dieſe Argumentation des Piſo baſirt auf einer Interpretation des Interdictes [23]), welche ſelbſt auf das Princip des jus civile geſtützt iſt. Die einzelnen Momente dieſes Theiles der Vertheidigung des Piſo ſind folgende:

A. Unter dejicere verſtehe der allgemeine Sprachgebrauch eine Handlung des Herauswerfens; da nun aber Caecina bei

---

22) Vergl. Keller, semestr. ad Cic. II, §. 3.

23) Den nächſten Gegenſtand der Interpretation bildet allerdings die Pönalſtipulation und ſo faßt die Sache auch auf Q. Mucius nach p. Caec. 28, 80. Allein im letzten Grunde liegt darin nur eine Interpretation des Decretes oder vielmehr des Edictes, weil nach dem Wortlaute des letzteren das Decret gegeben und nach deſſen Wortlaute wiederum die Stipulation redigirt wurde. So faßt das Verhältniß auf Cicero ſelbſt p. Caec. 18, 50. 22, 63. 36, 104. u. Orat. 29, 102.

dem in Frage befangenen Vorgange gar nicht im fundus Fulcinianus, ſondern lediglich auf einem benachbarten Grundſtücke ſich befunden habe und nur am Eintritte in den fundus Fulcinianus vom Aebutius behindert worden ſei, ſo falle dem Aebutius nicht ein dejicere, ſondern nur ein obsistere, ein non sinere accedere zur Laſt, wovon das Interdict Nichts beſage. Cic. p. Caec. 11, 31. 12, 35. 13, 36. fin. 23, 64.

B. Der Begriff der vis, die das Interdict vorausſetzt, erfordere nach gemeinem Wortſinne eine auf den Körper ſelbſt in gefährlicher Weiſe einwirkende Thätigkeit, einen phyſiſchen Zwang, ein occidere oder saucire; da nun Aebutius durch bewaffnete Männer dem Caecina lediglich gedroht und nur einen pſychiſchen Zwang ausgeübt habe, ſo enthalte ſeine Thätigkeit keine vis; c. 14, 41.

Aus beiden Gründen falle nun die Handlungsweiſe des Aebutius nicht unter den durch die Worte des Interdictes verpönten Thatbeſtand, folglich habe dieſer die Stipulation nicht verwirkt.

In Bezug auf dieſe Modalität der Vertheidigung, insbeſondere jedoch im Hinblick auf den unter A. begriffenen Theil derſelben, ſagt nun Cicero vom Piſo:

verbo se, non aequitate defendere conatur; c. 36, 104.

tu, qui tam diligenter et tam callide verbis controversias, non aequitate dijudicas; c. 17, 49.

in ista vero causa, quum tu sis is, qui te verbo litteraque defendas; c. 23, 66.

vergl. auch c. 13, 37: Dejicior ego, inquis, si quis meorum dejicitur omnino. Jam bene agis. A verbis enim recedis et aequitate uteris. Nam verba ipsa si sequi volumus, quomodo tu dejiceris, cum servus tuus dejicitur; ſowie c. 24, 66. 28, 81. 29, 83. u. ſ. w.

Cicero dagegen, welcher in dieſer Sache als Anwalt des Caecina geſiegt zu haben ſcheint,[24]) ſchlägt bei ſeiner Rede, wie er ſelbſt ſagt, einen doppelten Weg ein.

---

24) Vergl. Keller, l. c. §. 7. not. 61—63.

I. Der erſte der hierdurch gegebenen beiden Theile enthält zunächſt die Argumentation: Aebutius hat in der That die Stipulation verwirkt, weil er in Wahrheit

ad A. ein dejicere begangen. Die hierauf bezügliche Deduction, welche ihre Hauptſtütze in der aequitas findet, umfaßt:

1. in c. 11, 32—14, 40. 17, 49. 50., ſowie nachträglich in c. 31, 89. die Ausführung, daß der Prätor in der That auch den Fall des obsistere unter dem Ausdrucke dejicere habe inbegreifen wollen[25]), denn
   a. Erfordere der innere Zuſammenhang der Geſetzgebung ein Rechtsmittel gegen die Modalität der von Aebutius verübten vis; c. 11, 33—13, 36.;
   b. ſtehe die Interpretation des Piſo mit den beſtehenden Einrichtungen im Widerſpruche, indem durch dieſelbe alle Sicherheit des Eigenthumes und Beſitzſtandes bedroht würde; c. 13, 37—39.; nicht minder
   c. enthalte die Interpretation des Piſo eine turpitudo, indem ſie für die Vorfahren den Vorwurf involvire, daß dieſe das Gebot der Nothwendigkeit nicht erkannt hätten; c. 14, 39. 40.; überhaupt aber
   d. führe die justitia, als Interpretationsprincip auf den Ausdruck dejicere angewandt, zu den größten Abſurditäten; c. 17, 49. 50.; denn nach den Grundſätzen der justitia ſei für den Begriff des dejicere
      aa. das Merkmal des Handanlegens erforderlich, während doch der Prätor ſage: „vi dejicere“, dieſe vis aber als ein rein phyſiſcher Zwang ohne körperliche Ueberwältigung möglich ſei; c. 17, 49; nicht minder ſei dann
      bb. das Merkmal des Herabſtoßens von einem höher gelegenen Orte weſentlich, nicht aber das Heraus-

25) Keller, semestr. II. erörtert dieſen Punkt des Rechtsſtreites in §. 5. Weil er jedoch bei deſſen Beurtheilung nicht den von mir angegebenen antiken, ſondern den modernen Standpunkt einnimmt, ſo verwandelt ſich unter ſeiner Hand die Principfrage über den Schwerpunkt der Interpretation in eine ſpecielle Rechtsfrage über die Natur des Beſitzes. Ich halte daher dieſes Stück in dem ausgezeichneten Werke Kellers nicht für eine wahrheitsgetreue Reſtauration der Antike.

ſtoßen, das dejicere genügend, während doch der Prätor offenbar auch das Letztere im Auge habe; c. 17, 50.

Endlich

e. erfordere der Tenor des Interdictes ſelbſt die Annahme, daß das dejicere das obsistere umfaßt, weil das Wort „Unde“ in dem „unde tu dejecisti“ beweiſe, daß der Prätor nicht bloß das dejicere ex quo loco, ſondern auch das dejicere a quo loco, alſo in der That das obsistere durch das Interdict habe betreffen wollen; c. 31, 89.

Vornämlich auf dieſen Abſchnitt der Vertheidigung beziehen ſich die Aeußerungen, welche Cicero pr. Caec. 29, 83. zum Piſo thut:

Si ad interdicti sententiam confugis — — neque aequitatem rei verbi laqueo capi putas oportere, in meis castris praesidiisque versaris. Mea, mea est ista defensio;

ſowie in c. 28, 81.:

ego — — ostendi, id verum, id aequum, id utile omnibus esse, spectari, quo consilio et qua sententia, non, quibus quidque verbis esset actum.

Hierauf folgt ferner:

2. in c. 18, 50—c. 22. ein Angriff auf das Princip des jus ſelbſt zu Gunſten der aequitas, indem Cicero die Unhaltbarkeit jenes Principes deducirt:

a. aus inneren Gründen; c. 18, 50—52. wozu auch 20, 56.

b. durch Beiſpiele, in denen jenes Princip aufgegeben worden iſt; c. 18, 53. 19, 54. init.

c. durch Beiſpiele, in denen es zu unhaltbaren Reſultaten führt; c. 19, 54. fin. Hiermit verbindet Cicero, einzelne Worte des Interdictes prüfend,

d. den Nachweis, wie auf das in Frage ſtehende Interdict im Allgemeinen die justitia nicht anwendbar ſei, weil ſie hier zu offenen Abſurditäten führen würde; c. 19, 55—c. 22.

Dieſen erſten beiden Abſchnitten der Vertheidigung iſt inſerirt:

ad B. die Erörterung des Begriffes der vis, indem Cicero in c. 14, 41—17, 48. dem Piſo entgegenſtellt, daß die von ihm gegebene Begriffsbeſtimmung der vis eine unrichtige ſei; denn einerſeits begreife der Ausdruck vis auch den pſychiſchen Zwang, die durch eine vis hervorgerufene metus, dafern nur ſolche metus ſo ſtark einwirkt, daß dadurch Jemand bewogen werde, entweder ſeinen Standpunkt aufzugeben oder davon abzuſtehen, eine angeſtrebte Stellung einzunehmen; andrerſeits aber genüge die Verwundung mitunter gar nicht einmal, Jemanden zum Aufgeben ſeiner Stellung zu nöthigen.

II. Der zweite Theil der Vertheidigung ſtützt ſich auf die justitia und ihn leiten die Worte ein:

tu me ad verbum vocas: non ante venio, quam recūsaro. Nego oportere, nego obtineri posse, nego ullam rem esse, quae aut comprehendi satis, aut caveri, aut excipi possit, si, aut praeterito aliquo verbo aut ambigue posito, sententia et re cognita, non id, quod intelligitur, sed id, quod dicitur, valebit. Quoniam satis recusavi: venio jam quo me vocas; c. 28, 81. 29, 82.

Dieſer Theil beginnt mit c. 23. indem in demſelben eine Bezugnahme auf die Autoritäten vorangeſtellt iſt, welche in dieſer Rechtsſache zu Gunſten des Caecina reſpondirt hatten, c. 23, 65—28, 80., worauf ſodann in c. 29, 82—c. 30. die auf das Princip des jus geſtützte Deduction ſelbſt folgt Hier geht nun Cicero's Argumentation dahin:

1. Der Prätor hat decretirt: Caecina unde dejectus est a Sex. Aebutio, eo restituatur. Bei dieſen Worten hat nun zwar der Prätor den fundus Fulcinianus im Sinne gehabt, allein er hat doch ſolchen nicht namentlich bezeichnet, vielmehr den Worten nach nur geſagt: quicunque is locus est, unde Caecina a Sex. Aebutio dejectus est, eo restituatur. Nun iſt aber Caecina aus demjenigen, dem fundus Fulcinianus benachbarten Orte, den er fluchtweiſe verlaſſen, vom Aebutius dejicirt worden; in dieſen Ort iſt er bis jetzt vom Aebutius noch nicht reſtituirt worden; daraus folgt, daß vom Aebutius nicht ex decreto Praetoris restitutum esse. Gleichwohl hat Aebutius ſpondirt: se restituisse ex decreto Praetoris; folglich

hat Aebutius dieſe Stipulation verwirkt; c. 29, 82—85. Dieſe höchſt ſcharfſinnige Argumentation ſtützt ſich auf ein vom Q. Mucius ertheiltes Responsum, vergl. c. 28, 80.

2. Im fraglichen Interdicte heißt es: unde tu dejecisti — eo restituas. Das unde bezieht ſich nun allgemeinem Sprachgebrauche gemäß ebenſowohl auf das dejicere ex eo loco, in quo quis est, als auf das dejicere ab eo loco, quo quis venit. In den Worten des Interdictes liegt daher nicht bloß das restituere in eum locum, ex quo, ſondern auch das restituere in eum locum, a quo Caecina dejectus est. Caecina iſt aber, wenn auch nicht ex fundo Fulciniano, ſo doch a fundo Fulciniano vom Aebutius dejicirt worden; er war daher in den fundus Fulcinianus zu reſtituiren; gleichwohl hat ihn Aebutius nicht dahin reſtituirt, folglich hat dieſer die Stipulation verwirkt; c. 30.

Faſſen wir nun nach alledem die Schwerpunkte dieſer widerſtreitenden Partheibehauptungen in's Auge und abſtrahiren wir die Hauptſätze der Vertheidigungsreden, ſo erſcheint als Thema der Rede des Piſo der Satz:

Aebutius hat nach den Worten des Interdictes die Stipulation nicht verwirkt; denn der Wortlaut des Interdictes verpönt:

A. nur das dejicere, nicht auch das obsistere; die Handlungsweiſe des Aebutius fällt aber nur unter den Thatbeſtand des obsistere, nicht des dejicere;

B. nur das vi dejicere, nicht auch das minis dejicere; der Thätigkeit des Aebutius liegen aber nur die Merkmale des Letzteren, nicht auch die Merkmale der vis, als der phyſiſchen Einwirkung inne.

Dem gegenüber vertheidigt Cicero das doppelte Thema:

I. Aebutius hat nach dem Gedanken des Prätors, wie ſolcher im Interdicte ſeinen Ausdruck erhalten ſollte, die Stipulation verwirkt, denn

A. der Prätor hat nicht das reine dejicere, ſondern auch das obsistere verpönen wollen, und dieſes letztere fällt dem Aebutius zur Laſt;

B. der Ausdruck vis beſchränkt ſich nicht bloß auf phyſiſche Gewalt, ſondern umfaßt auch das Einflößen der metus.[26])

II. Aebutius hat auch nach den Worten des Interdictes die Stipulation verwirkt; denn nach dem Wortlaute des Interdictes war geboten:

A. daß Aebutius den Caecina in den Ort reſtituirte, aus welchem (ex quo) er jenen dejicirt hatte, und dies hat Aebutius nicht gethan;

B. daß Aebutius den Caecina in den Ort reſtituirte, von welchem hinweg (a quo) er dieſen dejicirt hatte, und dies hat Aebutius ebenfalls unterlaſſen.

Hiernach baſirt die Vertheidigung des Piſo unter A. und B. auf das Princip des jus civile; die Vertheidigung des Cicero unter II., A. und B. ebenfalls auf die justitia, dagegen die Vertheidigung unter I., A. auf das Princip des aequum et bonum.

Auf dieſe Duplicität der Vertheidigungsweiſe des Cicero beziehen ſich nun, außer den bereits angeführten Stellen auch noch folgende Aeußerungen:

posterius de verbo videbimus; nunc rem ipsam agamus; c. 11, 32.

ſowie:

dixi, non solum re et sententia, sed verbis quoque hoc interdictum ita esse compositum, ut nihil commutandum videretur; c. 30, 86.

quum verba nos eo ducunt, tum res ipsa hoc sentire atque intelligere cogit; c. 31, 89.

ut vero jam, recuperatores, nulla dubitatio sit, sive rem, sive verba spectare vultis, quin secundum nos iudicetis; c. 31, 90.

endlich:

statuite (recuperatores), — — quid nostra defensio de aequitate, quid ratio interdicti de jure admoneant, ut judicetis; c. 36, 104.

Im Hinblick endlich auf eine derartige Geſtaltung des Streitpunktes in den Proceſſen bezeichnet Cicero Partit. 28, 100. die auf den Gegenſatz der Principien des jus civile und des aequum

26) Bei dieſem unter B. angegebenen Theile der Vertheidigung kommt der Gegenſatz der Principien überhaupt gar nicht in Frage; in welcher Weiſe jedoch derſelbe theoretiſch zu beurtheilen iſt, kann erſt im III. Theile klar gemacht werden.

et bonum gestützten Streitverhältnisse als diejenigen: quae de jure civili aut de aequo et bono disceptantur.

§. 12.

Resultat.

Durch die in §. 10 und 11 in Verbindung mit §. 8 mitgetheilten Belege hat die in §. 9 gegebene Darstellung des Wesens der wissenschaftlichen und speciellen aequitas Cicero's ihre quellenmäßige Begründung gefunden: während die justitia als dasjenige Interpretationsprincip sich kund giebt, welches das Wort nach seinem abstracten und allgemein sprachlichen Sinne, und somit in völliger Unabhängigkeit von dem dahinter verborgenen Gedanken des Constituenten als herrschende Potenz im Rechte auffaßt, so erscheint die aequitas als dasjenige Rechtsprincip, welches bei der Interpretation des Gesetzes oder Rechtsgeschäftes das Wort nur nach dem vom Redenden selbst hineingelegten Gedanken, also in dessen eigenen Sinn und Willen auffaßt und beurtheilt.

Hieraus ergiebt sich die Verschiedenheit dieser aequitas von dem durch diesen Ausdruck vertretenen generellen und vulgären Begriffe: die specielle aequitas wird zwar sowohl durch die Gleichheit der Bezeichnung, als insbesondere auch nach ausdrücklichem Zeugnisse[27]) der vulgären aequitas, als eine bestimmtere Gestaltung derselben untergeordnet, allein gleichzeitig wird sie aus diesem Gebiete auch wieder herausgehoben, zum wissenschaftlichen Begriffe construirt und als aequitas κατ' ἐξοχήν hingestellt. Fragen wir daher, mit welchem Rechte Cicero's Zeitalter jene Unterordnung der speciellen unter die generelle aequitas aussprach, so müssen wir den Grund hierfür nach der in §. 4 gegebenen Entwickelung lediglich in der veränderten Anschauung des Zeitgeistes suchen. Indem die aequitas im Gegensatze zur justitia als herrschende Potenz im Rechte nicht ausschließlich die äußere und formale Pertinenz des Rechtsgeschäftes

27) So Cic. p. Caec. 28, 81. id aequum esse, spectari, quo consilio et qua sententia, non, quibus quidque verbis esset actum. — Einen weiteren Grund ergiebt die volksthümliche Auffassung des der aequitas entgegenstehenden Prinzipes, die unten bei Note 28 zur Sprache kommen wird.

und Geſetzes, ſondern zugleich deſſen inneres, gewiſſermaaßen geiſtiges Element anerkennt, entſprach ſie in vollkommenerer Maaße, als die justitia der Rechtsidee des Zeitalters der untergehenden Republik und erſchien in höherem Grade conform der vulgären Vorſtellung von Billigkeit, als jenes uralte Princip des Rechtes, welches dem Worte den Vorrang vor dem Willen einräumte. Indem man daher dies letztere Princip zwar als wahres Rechtsprincip, als justitia, ſein Gebot als summum jus reſpectirte, ſo faßte doch gleichzeitig der Volksgeiſt dieſes summum jus als das der Sache nach größte Unrecht auf, dieſes Urtheil in dem Sprüchworte: summum jus summa malitia oder summum jus summa injuria [29]) ausſprechend. Das entgegenſtehende Princip dagegen ward als übereinſtimmend mit der vulgären aequitas anerkannt und jenem summum jus als das aequum et bonum gegenübergeſtellt. Dennoch haben wir aber auch dieſe aequitas als wahres und wirkliches Rechtsprincip anzuerkennen; denn wie wenig auch verkannt werden mag, daß, wie namentlich die Gegenſätze von aequum et bonum und jus civile oder summum jus beweiſen, die aequitas zwar als ein dem jus civile von vorn herein fremdes Element angeſehen, vielmehr als Correlat deſſelben die justitia aufgefaßt wurde, ſo laſſen ſich doch ſelbſt die Gegenſätze von aequum und ius, aequitas und justitia in Cicero's Munde nicht ſo auffaſſen, als ob die ſpecielle aequitas überhaupt allem Rechte fremd wäre und als Nichtrecht ſich dem Rechte gegenüberſtellte. Denn einestheils beweiſen ſchon die in §. 10 und 11 mitgetheilten Belege den Ungrund ſolcher Annahme, anderntheils ergiebt ſich ſolcher auch aus der Stellung, welche Cicero dieſer aequitas dadurch überweiſt, daß er dieſelbe den Quellen des Rechtes beſonders beizählt. Zwar galt nämlich das aequum et bonum, alſo der nach der aequitas

28) Das erſtere überliefert Terenz, Heautontim. IV, 5, 48., das letztere Cic. de Off. I, 10, 33. Beidemale iſt die Stellung des Berechtigten als in Folge der justitia vortheilhaft, die des Verpflichteten dagegen als nachtheilig aufgefaßt. Der entgegengeſetzte Geſichtspunkt waltete ob in dem von Columella, R. R. I, 7; 2. überlieferten Sprüchworte: summum jus summa crux, welches die Stellung des Berechtigten, wahrſcheinlich im Hinblick auf die proceſſualiſchen Wirkungen, als nachtheilig auffaßt. — Das summum jus kann übrigens anfänglich, gleich dem optimum jus nur einfache Umſchreibung des jus civile geweſen ſein.

explicirte legislatorische, wie private Wille durchaus nicht als ein schon vorhandenes Recht, und nicht als eine Norm, die, wenn auch in gebundenem und verborgenem Zustande, so doch in Wahrheit bereits als Recht existirte und in der rechtlichen Disposition unmittelbar enthalten war; allein es war dasselbe doch auch wahres und wirkliches Recht, nur daß es durch die Interpretation erst aus der rechtlichen Disposition hergeleitet und entwickelt, und hiermit als etwas Neues und noch nicht Existirendes aufgefunden und zur Existenz und Herrschaft berufen werden mußte. Dieser Satz ergiebt sich als Grund und nothwendige Voraussetzung der Thatsache, daß Cicero, wie bemerkt, diese aequitas zu den Rechtsquellen zählt [29]). Der Grund hiervon ist allenthalben die hervorgehobene productive Bedeutung dieser speciellen aequitas für die Rechtserzeugung, eine Bedeutung, welche dem Principe des jus civile abgeht, indem diesem die Eigenschaft als Quelle neuer Rechtssatzungen versagt wurde. Während daher die Römer in dem Resultate der auf die voluntas gestützten Interpretation eine neue Rechtsschöpfung erblicken und solche Interpretation als Werk der Rechtserzeu-

29) In Top. 7, 31.: si quis jus in legem, morem, aequitatem dividat, zerlegt Cicero die Rechtsquellen in lex, mos und aequitas; vergl. dazu Boeth. p. 332. Or.; dieser Eintheilung entspricht die in de Off. III, 17, 69. ersichtliche: neque more turpe haberi, neque aut lege sanciri aut jure civili, wonach die Rechtquellen in lex, mos und jus civile, d. i. auctoritas ictorum zerfallen. In Top. 5, 28.: jus civile est, quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, juris peritorum auctoritate. edictis magistratuum, more, aequitate consistit, wozu vergl. Boeth, p. 321 Or. und Jul. Victor, ars rhet. III. §. 3. p. 201 Or. werden aequitas und iuris peritorum auctoritas wieder geschieden. Andere Eintheilungen der Rechtsquellen, wobei die hier in Frage stehende aequitas nicht genannt wird, finden sich in Top. 23, 90. Partit. 37, 130. de Inv. II, 22, 53. 54. de Rep. I. 2. Daß wir in den obigen Stellen unter aequitas die specielle, nicht die vulgäre aequitas zu verstehen haben, ergiebt sich schon daraus, daß in der Theorie Cicero's die letztere überhaupt nicht als Quelle neuen Rechtes erscheint. Vergl. §. 7. fin. Wenn dagegen der Auctor ad Herenn. II, 13, 19. sagt: constat (sc. jus) ex his partibus: natura, lege, consuetudine, judicato, aequo et bono, pacto, und in §. 20 beifügt: ex aequo et bono jus constat, quod ad veritatem et utilitatem communem videtur pertinere, und: ex eo (i. e. ex aequo et bono) vel novum jus constituit ex tempore et ex hominis dignitate, so glaube ich, daß hier allerdings nur die vulgäre aequitas zu verstehen ist.

gung anſehen, erblicken ſie in der auf das verbum geſtützten Interpretation lediglich eine Explication des bereits gegebenen Rechtes und in deren Reſultate lediglich die Reproduction des ſchon vorhandenen Rechtsſatzes. Und gerade hieraus erhellt am Evidenteſten die bedeutende Verſchiedenheit, welche in dieſer Anſchauung des ciceronianiſchen Zeitalters und der Auffaſſung der Kaiſerzeit, ſowie unſerer eigenen Gegenwart obwaltet: das Reſultat der auf den Gedanken des Redenden ſich ſtützenden Interpretation iſt uns Enthüllung des verborgenen Inhaltes der Satzung, und ſomit lediglich Darlegung des bereits gegebenen Rechtes; dem Zeitalter Cicero's iſt es Auffindung der noch nicht vorhandenen Norm und neue Rechtsſchöpfung; das Product der auf das Wort der Rede allein ſich ſtützenden Interpretation erſcheint uns als Nichtrecht, weil das Wort nicht kraft eigener Machtvollkommenheit das Recht ſetzt, ſondern nur als Träger des legislatoriſchen Willens: das Zeitalter Cicero's dagegen erblickt hierin nur Explication und Darlegung des bereits gegebenen Rechtes. [30])

Nach Alle dem haben wir ſomit der ſpeciellen aequitas Cicero's gegenüber dem gegebenen jus die Bedeutung einer materiellen Quelle des Rechtes beizulegen; und wenn Cicero das Subſtrat der aequitas lediglich aequum et bonum, nicht auch aequum jus benennt, ſo haben wir dies für unweſentlich zu erachten: das Product der aequitas iſt, inſoweit überhaupt dieſes Princip als zuläſſig anerkannt wurde, wahrhaftes und wirkliches Recht, ein wahres aequum jus, und dieſer Character kann ihm nur nominell, nicht effectiv verſagt werden.

Dahingegen als Norm der Beurtheilung des gegebenen Rechtes, als Maaßſtab der Eintheilung des römiſchen Rechtes in ein aequum und civile jus finden wir die ſpecielle aequitas bei Cicero nirgends aufgefaßt: Cicero nennt keine Parthie des römiſchen Rechtes um ihrer Unterordnung unter die Herrſchaft dieſer aequitas das aequum jus, noch nennt er einen Rechtscomplex als der justitia untergeordnet, das jus civile; aequum und jus bezeichnen bei ihm lediglich die Subſtrate jener Prin-

30) Für die Richtigkeit dieſer Auffaſſung des antiken Geſichtspunktes werden im III. Theile noch beſondere Zeugniſſe erbracht werden.

cipien, nicht aber das Rechtsgebiet, innerhalb deren dieſe letzteren herrſchen. Den Grund hierfür mögen wir mit Recht in der Erſcheinung finden, daß bereits zu Cicero's Zeit der justitia ein feſt begränztes Gebiet unbeſtrittener Herrſchaft mangelt: die aequitas, auf einem dem jus civile fremden Boden erwachſen, iſt zu Cicero's Zeit eingedrungen auf dieſes, ihr einſt verſchloſſene Gebiet; ſie iſt hier in den Gegenſatz getreten zu dem ihr feindſelig gegenüberſtehenden, urſprünglich ohne Widerſpruch herrſchenden Principe und hat hier einen Kampf hervorgerufen, der, ohne Fixirung auf beſtimmte Gränzen, als wahrer Principienſtreit regellos auf dem nämlichen Gebiete ſich bewegte. So war es zu Cicero's Zeit nicht möglich, eine beſtimmte Parthie des Rechtes der justitia unterzuordnen und als jus civile abzugränzen, weil die Markſcheide fehlte, nach der der Rechtsſtoff ſich ſondern ließ; und weil ſomit dieſer Begriff des jus civile fehlte, konnte daher auch der Gegenſatz des aequum jus nicht gebildet werden.

Wenn wir uns ſchließlich noch zu der Frage nach dem Grunde jener Erſcheinung wenden, daß aus dem ganzen großen Inhalte der vulgären aequitas die römiſche Wiſſenſchaft gerade nur jenes einzelne Interpretationsprincip herausgegriffen, und daß gerade dieſes mit einem ausgebildeten, ſeines Stoffes in ſo hohem Grade mächtigen, wiſſenſchaftlichen Bewußtſein behandelt wird, ja endlich auch in ſo nachdrucksvoller Weiſe in der Theorie wie Praxis hervortritt; ſo fällt die Beantwortung dieſer Frage unſerem Plane gemäß allerdings dieſem Theile anheim. Allein da einestheils dieſelbe eine weitgreifende Unterſuchung bedingt, die letztere aber weit ſachgemäßer in dem III. Theile ihre Einordnung finden wird; anderntheils wir aber auch Wiederholungen zu vermeiden wünſchen müſſen, ſo haben wir es für angemeſſener erachtet, die Beantwortung dieſer Frage für jetzt noch auszuſetzen, wie denn überhaupt gerade die gegenwärtige Abtheilung ihre volle Würdigung erſt durch den III. Theil erhalten kann.

Zweites Capitel.

Jus gentium.

§. 13.

Weſen des jus gentium im Allgemeinen.

Dem jus gentium der Römer haben wir ein bis in die früheren Jahrhunderte der Republik zurückgehendes Alter beizumeſſen; erſt in dem Zeitalter Cicero's jedoch wird daſſelbe zum quellenmäßig beglaubigten Begriffe und tritt in den Kreis unſerer Erörterung ein. Allein ſelbſt hier erſcheint daſſelbe nur in beſchränkter Maaße urkundlich, da die daſſelbe betreffenden Stellen nicht allein ſehr gering an Zahl, ſondern auch von ſolcher Beſchaffenheit ſind, daß eine erſchöpfende Weſenbeſtimmung des Begriffes darauf nicht mit derjenigen durchgreifenden Beſtimmtheit geſtützt werden kann, welche wir bei der Wichtigkeit dieſes Punktes für unſere Zwecke erwünſchen müſſen.

Um nun zu einer poſitiven, wie negativen Ergänzung der bei Cicero nur ſchwächer ausgeprägten Merkmale und ſo zu einem höheren Grade der Gewißheit hinſichtlich jenes Begriffes zu gelangen, bietet ſich der doppelte Weg dar: der Schlußfolgerung nach rückwärts aus vorausgängigen Momenten, wie der Abſtraction nach vorwärts, geſtützt auf das in der zweiten Periode ſich darbietende Material. Da indeß der erſtere Weg nothwendiger Weiſe auf ein Gebiet uns führen würde, welches wir nach dem von uns geſetzten Plane für jetzt zu vermeiden wünſchen, ſo bleibt uns hier nur die Möglichkeit offen, den zweiten Weg zu betreten, während wir, durch jene erſtere Modalität deſſen Reſultat zu beſtätigen, dem Thl. II. überlaſſen ſein müſſen.

Indem wir uns demgemäß zuvörderſt zu den bei Cicero ſelbſt ſich vorfindenden Ausſprüchen wenden, ſo ziehen wir hierbei folgende Stellen in Betracht:

de Off. III, 17, 69.: Itaque majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt. Quod civile non idem continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet [32]);

de Off. III, 5, 23.: Neque vero hoc solum natura et jure [33]) gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publicae continentur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri;

de Rep. I, 2.: Nihil enim dicitur a philosophis, quod quidem recte honesteque dicatur, quod non ab his pactum confirmatumque sit, a quibus civitatibus jura descripta sunt Unde enim pietas? aut a quibus religio? unde jus aut gentium, aut hoc ipsum civile quod dicitur? unde justitia, fides, aequitas? — Nempe ab his, qui haec, disciplinis informata', alia moribus confirmarunt, sanxerunt autem alia legibus;

Orat. Partit. 37, 130: Atque haec communia sunt naturae atque legis. Sed propria legis et ea, quae scripta sunt, et ea quae sine litteris aut gentium jure aut majorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud; — quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine, aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur [34]).

Was dagegen die Sentenz betrifft, welche ſich vorfindet pr. Mil. 11, 30.:

Sin hoc et ratio doctis, et necessitas barbaris, et mos gentibus, et feris natura ipsa praescripsit, ut omnem

32) Da dieſe Stelle öfter als Beleg einer vermeintlichen Identität von jus gentium und jus naturale citirt wird, ſo habe ich in Beilage II den Gedankengang derſelben dargelegt. Dies genügt vollkommen, um den Unggrund jener Annahme darzuthun.

33) Die corrumpirte Lesart „id est jure gentium" berichtigt Beier ad h. l. auf handſchriftlichen Unterlagen, wie obſteht. Daher iſt der von Schaaf Gratama, Diss. qua exponuntur Cicer. philos. de jure, civit. et imperio principia, Gröning. 1827 vorgeſchlagene Ausweg, jenen Passus als Gloſſem ſpäterer Zeit zu ſtreichen, nicht geboten.

34) In dieſer Stelle entſprechen ſich vollkommen das gentium jus und die conventa hominum et quasi consensus, ſowie die majorum mos und die consuetudo.

semper vim, quacunque ope possent, a corpore, a capite, a vita sua propulsarent: non potestis etc.

ſo dürfte dieſe Stelle keineswegs hierher zu ziehen ſein, weil mir der genügende Grund für die Annahme zu mangeln ſcheint, daß in der vierfachen Gradation des durch die ratio, necessitas, mos und natura (d. i. Inſtinct) gebotenen Geſetzes das jus gentium zu verſtehen ſei unter dem Rechte, welches, zwiſchen dem Gebote der ratio und der natura in der Mitte ſtehend, bei den rohen Barbaren gilt, inſoweit die necessitas ſelbſt dies gebietet, bei den gebildeteren Völkern dagegen (den gentes) das Gebot der Sitte im Allgemeinen umfaßt und auf dieſer beruht.

Indem wir nun obige Stellen zunächſt mit der Frage in's Auge faſſen, ob wir unter dem jus gentium ein empiriſch und hiſtoriſch gegebenes Recht, oder einen durch die Speculation gewonnenen Begriff zu verſtehen haben, ſo ergiebt ſich zwar aus de Offic. III, 5, 23, daß eine Verwandtſchaft zwiſchen der natura oder dem jus naturale[35]) und dem jus gentium obwaltet, welche zunächſt darauf beruht, daß das jus gentium in den in dieſer Stelle in Betracht gezogenen Punkten die nämliche Satzung aufſtellt, wie das jus naturale; allein daß dieſe Verwandtſchaft weder in eine vollſtändige Gleichheit der Satzungen Beider, noch weniger aber in eine wahre Identität beider Begriffe übergeht, ergeben de Offic. III, 17, 69., de Rep. I, 2., und Orat. Part. 37, 130. auf das Unzweifelhafteſte. Denn de Offic. wird die Grenzlinie zwiſchen dem jus civile und jus gentium auf die Willensbeſtimmung der Vorfahren zurückgeführt; de Rep. wird das jus gentium geradezu als Satzung und Inſtitution der Vorfahren bezeichnet; und in Orat. Part. endlich wird das jus gentium als Theil des poſitiven Rechtes (lex) dem jus naturale (natura) direct gegenübergeſtellt, ein Gegenſatz, der auch in de Offic. III, 17, 69. (vergl. Beilage II §. 3) ſich offenbart. Alle dieſe Momente geben aber an die Hand, daß ebenſowohl eine begriffliche Verſchiedenheit zwiſchen jus gentium und jus naturale obwaltet und ſolche insbeſondere darauf beruht, daß das Erſtere auf poſitive und formale Grundlage ſich ſtützt und in Folge deſſen der lex oder dem jus civile als dem poſitiven

35) Vergl. §. 38.

Geſetze [36]) ſich unterordnet, wie auch daß eine partielle Ungleichheit der unter jenen Beiden begriffenen Rechtsmaterie ſtatt hat, was insbeſondere in de Off. III, 17, 69. in Verbindung mit Beilage II. nicht allein im Einzelnen, ſondern auch ganz im Allgemeinen in der Weiſe bekundet wird, daß Cicero hier, wie auch mehrfach in anderen Stellen [37]) eine durchgreifende Verwirklichung des jus naturale in dem poſitiven Rechte in Abrede ſtellt, ein Umſtand, welcher lediglich unter der Vorausſetzung möglich und denkbar iſt, daß das jus gentium eben nicht den geſammten Inhalt des jus naturale in ſich aufgenommen hat.

Haben wir nun nach Alle dem in dem jus gentium ein auf Empirie und auf rechtsconſtituirender Offenbarung durch Sitte beruhendes Recht zu erblicken, ſo ergeben ſich nun aus den obigen Stellen auch noch anderweite Merkmale jenes Rechtscomplexes, welche im nächſtfolgenden Paragraphen darzulegen ſind.

§. 14.

Jus gentium und jus civile.

Das poſitive Recht, jus civile in dieſem Sinne (wo es den Gegenſatz zum jus naturale bildet), zerfällt in das jus gentium und jus civile. Die letztere Eintheilung findet ſich vor de Off. III, 17, 69., wozu vergl. Beilage II §. 3, ſowie in de Rep. I, 2., wozu vergl. Beilage I, §. 4. Ebenſo kehrt dieſer Gegenſatz in de Off. III, 5, 23. wieder, nur mit dem Unterſchiede, daß hier der Begriff des jus civile umſchrieben iſt durch leges populorum, quibus in singulis civitatibus res publicae continentur. Da nun in letzterer Stelle die Verwirklichung des Rechtsgeſetzes: ut non liceat sui commodi causa nocere alteri in Betracht gezogen iſt, ſomit alſo unter den res publicae nicht die den Staat als ſolchen betreffenden Angelegenheiten, als vielmehr die einer Normirung durch den Staat unterliegenden Verhältniſſe der Bürger zu verſtehen ſind, ſo giebt jene Umſchreibung des jus civile die Weſenbeſtimmung des Letzteren an die Hand, daß es dasjenige Recht iſt, durch welches jeder Staat, ſomit auch der römiſche, die Rechtsverhältniſſe ſeiner Bürger ordnet. Mit dieſem Re-

36) Vergl. §. 39.

37) Vergl. §. 39; ferner de Leg. II, 5. u. ö.

ſultate ſtimmt auch überein Top. 2, 9., wo Cicero das jus civile definirt als:

aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas,

ſowie de Orat. I, 42, 188., wo Cicero als die Aufgabe und den Zweck des jus civile hinſtellt:

legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio.

Indem nun das jus gentium in gleicher Maße, wie dieſes jus civile als Einrichtung und Satzung der Staatsgewalt aufgefaßt und hingeſtellt wird, ſo ergiebt ſich aus Alle dem das Merkmal, daß das jus gentium dasjenige poſitive Recht iſt, deſſen ordnende Kraft über die Rechtsverhältniſſe der Bürger hinausgreift. Das jus gentium erſcheint hierbei als das weitere Recht, indem es nach de Offic. III, 17, 69. zugleich bindende Norm für die Bürger, ſomit ein civile in dieſem Sinne iſt, während an dem jus civile dem Subjecte des jus gentium die Theilnahme verſagt iſt [38]). Da nun endlich in Orat. Part. 37, 130. das jus gentium auf die conventa hominum und den quasi consensus zurückgeführt wird, hieraus aber erhellt, daß die homines als ſolche als die Subjecte des jus gentium angeſehen werden, ſo können wir hiernach im Sinne des Cicero das jus civile und jus gentium in der Weiſe characteriſiren, daß das jus civile dasjenige poſitive und zwar römiſche Recht iſt, welches die Rechtsverhältniſſe der römiſchen Bürger ausſchließlich regelt, während das jus gentium dasjenige poſitive Recht iſt, welches

38) Dies iſt der Sinn von de Off. cit., deſſen Verſtändniß von der richtigen Auffaſſung des Ausdruckes civile bedingt iſt. Dieſes civile hat nämlich in jener Stelle einen doppelten Sinn: einmal in der Verbindung jus civile wohnt ihm ein engerer, ſtreng techniſcher Sinn inne und es bezeichnet dann dasjenige Recht, welches dem römiſchen Bürger eigenthümlich, d. h. ausſchließlich eigen iſt; ſodann in dem Satze: quod autem gentium, idem civile esse debet, hat es einen allgemeineren Sinn und bezeichnet dasjenige Recht, welches dem römiſchen Bürger überhaupt eigen, auch wenn es ihm mit anders qualificirten Subjecten, wie Peregrinen, gemein iſt. Dort bildet daher das jus civile den Gegenſatz zum jus gentium, hier umfaßt es dieſes jus civile und jus gentium als ſeine Theile. Vergl. Beilage II Note 2.

die Rechtsverhältniſſe freier Menſchen, alſo der römiſchen Bürger ebenſowohl, wie von Peregrinen normirt.

Alle dieſe Momente liegen, wie gedacht, den in §. 13 citirten Stellen inne, mit Ausnahme des einen, jedoch an ſich ganz zweifelloſen Merkmales, daß, während Cicero nur von homines im Allgemeinen ſpricht, wir hier, wie bei den Juriſten der folgenden Perioden unter dieſer Bezeichnung nur die freien Menſchen zu verſtehen haben [39]).

Werfen wir nun von dem hiermit gewonnenen Reſultate aus einen Blick auf die Geſtaltung des Begriffes vom jus gentium in der zweiten Periode, ſo treffen wir hier eine dreifältige Weſenbeſtimmung deſſelben an, indem wir dieſes ſowohl als ein jus commune omnibus hominibus, wie als ein jus quod apud omnes gentes peraeque custoditur, wie endlich auch als ein jus quod ratio naturalis constituit characteriſirt finden (§. 79). Das Erſte dieſer drei Criterien iſt es, welches nach der obigen Entwickelung Cicero ausſchließlich und zwar in der nämlichen Auffaſſung hinſtellt, während die beiden anderen Begriffsbeſtimmungen in Hinſicht auf das jus gentium ihm fremd ſind. Denn, was das

39) Die Wahrheit ſelbſt jener Bemerkung kann nicht füglich in Zweifel gezogen werden und bedarf daher keines weiteren Beweiſes. Wohl aber bedarf jener Sprachgebrauch einer Erklärung. Die Doppelſtellung der Sclaven als dingliche Menſchen offenbart ſich im Sprachgebrauche: die Auffaſſung derſelben als Sachen bekundet ſich zunächſt in dem uralten Gebrauche, den berichtet Paul. Diac. s. v. pilae p. 239; ſodann in der Bezeichnung als res, worüber vergl. Schilling Inſt. §. 27 Note n. und §. 1 J. de reb. incorpor. 2, 2, l. 45 §. 1 D. loc. 19, 2.; endlich in der Benennung mancipium, servitium und ministerium, ſowie in ſpäterer Zeit corpora, σώματα, worüber vergl. Creuzer, röm. Antiq. p. 39 Note x. und zur röm. Geſch. u. Alterthumsk. Heft 1. Note 7. 8. 9. Dagegen die Auffaſſung als Menſch bekundet ſich in der Bezeichnung homo, wofür älteſter Beleg iſt die Mancipationsformel, ſowie Plaut. Menaechm. V, 5, 49. Cato R. R. 1, 57, 2. Varro R. R. 1, 17, 2. Cic. p. Quinct. 19. Catull. 9, 15. Vergl. auch Brisson. de verb. sign. s. v. homo §. 2. Dieſe letztere Qualität iſt dem Sclaven niemals abgeſprochen worden, daher auch homo an und für ſich niemals den liber im Gegenſatz zum servus bezeichnet, indem dies auch aus den von Forcellini s. v. dafür angeführten Stellen aus Sueton. Nero 31. und Petr. fr. Frag. 39. Burm. nicht hervorgeht. Wohl aber geſchah es in Folge einer ſtillſchweigend ſupplirten Beſchränkung, daß wenn man vom homo als Rechtsſubjecte ſprach, man den Sclaven ohne Weiteres als nicht mit inbegriffen dachte.

dritte jener Merkmale betrifft, welches in einem Parallelismus mit den von Cicero aufgeſtellten Criterien des jus naturale ſteht, ſo kann ſolches nach der Stellung, in welcher wir dieſes jus naturale zum jus gentium vorfanden, dem Letzteren als weſentliches Merkmal durchaus nicht beigelegt werden, namentlich da Cicero dem jus gentium lediglich eine poſitiv-rechtliche, in keiner Weiſe aber eine philoſophiſche Grundlage zuerkennt. Ebenſowenig können wir aber auch die Gemeingültigkeit bei allen Nationen als weſentliches Merkmal des jus gentium Cicero's anerkennen. Denn da Cicero einestheils die Gränzlinie zwiſchen jus civile und jus gentium in de Offic. III, 17, 69. auf die Willensbeſtimmung der majores zurückführt, anderntheils aber auch in Part. Orat. 37, 130. die Herrſchaft des Letzteren auf die conventa hominum und einen quasi consensus, alſo auf die Geſchäftsformen des rechtlichen Verkehres der Menſchen und dem entſprechend auf ein Analogon einer Uebereinkunft ſtützt, ſo kann unmöglich die Gemeingültigkeit eines Rechtsſatzes in den Landrechten der verſchiedenen Völker von Cicero als das maßgebende und weſenbeſtimmende Merkmal des jus gentium angeſehen worden ſein, weil mit einer derartigen Auffaſſung die aus jenen beiden Stellen zu entnehmende Beſtimmung des jus gentium unvereinbar ſein würde, während andrerſeits allerdings dieſer Widerſpruch ſchwindet, ſobald ſolche nationale Gemeingültigkeit in der Eigenſchaft eines zufälligen Merkmales dem jus gentium beigelegt wird. Und in der That vermögen wir hierfür eine Andeutung in de Offic. III, 5, 23. wahrzunehmen, inſofern als Cicero in dieſer Stelle das jus gentium in directen Gegenſatz ſtellt zu den leges populorum, quibus in singulis civitatibus respublicae continentur. Erwägen wir indeß, daß in dieſer Stelle das jus gentium in einen Parallelismus geſetzt iſt mit dem jus naturale, und daß nur in Folge dieſer combinirten Gegenüberſtellung und auch dann nur verhüllt jenes Merkmal zu dem jus gentium hinzutritt; daß dagegen in allen übrigen auf das Letztere bezüglichen Stellen von einer derartigen Characteriſirung deſſelben keine Spur ſich vorfindet; ſo werden wir zwar immerhin anzuerkennen haben, daß die erſten Spuren der der ſpäteren Jurisprudenz ſo geläufigen Auffaſſung des jus gentium als eines bei allen Völkern gültigen Rechtes bis auf Cicero

zurückführen, allein die weitere Frage, ob hiermit der Letztere irgend welche praktiſche oder theoretiſche Conſequenz verknüpfte, oder ob nicht vielmehr derſelbe jenen Ausſpruch ohne weitere Erwägung der daraus ſich ergebenden Folgerungen gethan habe, werden wir weit eher in dem letzteren Sinne zu beantworten haben.

Nach Alle dem glauben wir nun an dem im zweiten Theile noch zu beſtätigenden Reſultate feſthalten zu können, daß Cicero, wie überhaupt ſein Zeitalter, nur Ein weſentliches Merkmal des jus gentium anerkannte, poſitives Recht zu ſein, deſſen nicht bloß die römiſchen Bürger, ſondern auch Peregrinen theilhaft waren, und daß im Gegenſatze hierzu das jus civile das ſpecifiſch römiſche Recht inbegreift, rückſichtlich deſſen die Fähigkeit zur Theilnahme daran nur den römiſchen Bürgern zukam.

Dieſe Gränzbeſtimmung ſelbſt unterliegt indeß noch einigen Modificationen, welche im nächſten Paragraphen feſtgeſtellt und in ihrem Verhältniſſe zu jener Eintheilung erwogen werden ſollen.

§. 15.

Reſultat.

Die Gegenſätze von jus civile und jus gentium in der Beſtimmung ihres Begriffes, welche wir in §. 13 und 14 hinſtellten, erſcheinen als die Glieder einer Eintheilung, deren Fundament die Herrſchaft des Rechtes über das Subject bildet, wobei das letztere je nach ſeiner allgemeinen, rechtlichen, perſönlichen Qualität, nach den beiden Status von Civität und Libertät aufgefaßt wird. Dieſer Eintheilungsgrund läßt ſich auch nach ſeinen nothwendigen Correlaten als Rechtsfähigkeit der Perſon je nach deren bezüglichen doppelten Status auffaſſen, und durch ihn beſtimmt, zerfällt nun das Recht in diejenige Parthie, innerhalb deren die Rechtsfähigkeit dem Civis an ſich oder, vom Standpunkte der Römer aus, dem römiſchen civis, und in diejenige Parthie, innerhalb deren die Rechtsfähigkeit dem liber homo als ſolchem zuſteht; oder, nach der andern Seite hin, in dasjenige Recht, dem die Herrſchaft über den römiſchen civis als ſolchem, und in dasjenige Recht, dem die Herrſchaft über den liber homo ſchlechthin zuſteht. Hierin offenbart ſich ſomit

eine Eintheilung des Rechtes je nach einer doppelten Sphäre seiner Herrschaft, wie der Rechtsfähigkeit des Subjectes, und den Schwerpunkt derselben bildet der doppelte Status von Civität und Libertät, indem solcher als ausschließlich bestimmender Grund für die Rechtsfähigkeit der Person, wie für die Herrschaft des Rechtes selbst behandelt und hingestellt und somit als das wesentliche und maßgebende Medium zwischen dem Rechte und seinem Träger anerkannt wird.

In diesem Sinne haben nun die Römer selbst jene Eintheilung anerkannt; allein diese Auffassung ist falsch, weil die Voraussetzungen, auf denen sie beruht, nur beschränkt wahr sind. Denn nicht jener doppelt potenzirte Status allein entscheidet durchgehends über das Maß der Rechtsfähigkeit und über die Beziehungen des Rechtes zur Person, vielmehr sind durch die geschichtlich gegebene Gestaltung der römischen Verhältnisse noch andere Gründe geboten, welche durch ureigene Kraft und in selbstständiger und unabhängiger Weise bestimmend in der hier fraglichen Richtung einwirken. Als solchen selbstständigen Grund kennt das römische Staatsrecht z. B. die Verleihung einer partiellen Theilhaftigkeit am jus civile, wobei im Wege der Concession die Rechtsfähigkeit bezüglich einzelner Stücken des jus civile, z. B. das commercium einer Person eingeräumt wird. Hier erscheint daher die, wenn auch partielle Herrschaft des Rechtes, wie andrerseits die, wenn auch nur beschränkte Rechtsfähigkeit bezüglich desselben vollkommen frei und unabhängig von jener doppelten Gradation des Status, vielmehr wird dasjenige Recht, welches nach dem obigen Eintheilungsgrunde dem höheren Status der Civität nothwendig und wesentlich correspondiren soll, auch dem niederen Status der Libertät ohne Veränderung des Letzteren selbstständig attributrt. Derartige Modificationen jenes Satzes, daß jener doppelte Status allein, und nothwendig und wesentlich die Unterlage der Rechtsfähigkeit, wie der Herrschaft des Gesetzes bilde, finden sich nun zwar nicht in Bezug auf das jus gentium, vielmehr lediglich innerhalb des Gebietes der Herrschaft des jus civile und auch hier nur in extensiv beschränkter Weise; allein dennoch genügen sie, um jene Eintheilung selbst nach dem von den Römern festgehaltenen Standpunkte, also in dem Sinne, welchen diese derselben unterlegen,

als angemeſſen nicht anerkennen zu laſſen, weil diesfalls die Eintheilungsglieder nicht den geſammten durch den leitenden Geſichtspunkt gegebenen Stoff des römiſchen Rechtes erſchöpfen, ſondern ein Gebiet frei laſſen, welches weder durch das jus civile, noch durch das jus gentium gedeckt wird.

Die Einordnung dieſer nicht mit inbegriffenen Materie in die Eintheilung, welcher das jus civile und das jus gentium angehören, wird erreicht und zugleich den Anforderungen der Ebenmäßigkeit entſprochen, ſobald wir der durch den Status bedingten Herrſchaft des Geſetzes, wie der Rechtsfähigkeit der Perſon, als oberſtes Fundament der Eintheilung den Grund dieſer Rechtsfähigkeit, wie dieſer Herrſchaft ſubſtituiren. Diesfalls theilen wir ſodann dieſen Grund der Rechtsfähigkeit in einen principalen und originären, wie einen acceſſoriſchen und derivativen, und ſtatuiren als Unterarten des Erſteren die Civität und Libertät mit jus civile und jus gentium, ſowie, ſeit dem Ausgange der Republik[39a]), die Latinität mit dem jus Latii, während der acceſſoriſche Grund theils den ſtaatsrechtlichen Vertrag, theils die bindende Vorſchrift, und Erſterer wiederum den gegenſeitigen Vertrag, wie die einſeitige Conceſſion und freibeliebte Acceptation umfaßt, und vornämlich die Ertheilung von connubium und commercium inbegreift. Jene Scheidung eines acceſſoriſchen und derivativen Grundes der Rechtsfähigkeit von den principalen und originären Gründen derſelben beruht aber auf der Erwägung, daß in jenen erſteren Fällen die denſelben entſprechende Rechtsfähigkeit theils lediglich auf einen ſelbſtſtändigen ſtaatsrechtlichen Act ſich ſtützt, der den Status der Perſon weder berührt, noch einen ſolchen beſonders begründet, noch auch auf einen ſolchen unmittelbar ſich bezieht, theils auch niemals für ſich allein und ſelbſtſtändig in einer Perſon ſich vorfindet, vielmehr lediglich in der Weiſe, daß die darauf beruhende Rechtsſphäre zu einer bereits vorhandenen principalen Rechtsfähigkeit als künſtliche Erweiterung von deren Sphäre hinzutritt; wogegen die anderen Gründe theils originär ſind, weil ſie nothwendig und unmittelbar auf eine der Perſon ſelbſt in-

39a) Seit der Verleihung des jus Latii an Gallia Transpadana im Jahre 665.

wohnende allgemeine rechtliche Qualität, auf einen beſonderen Status ſich ſtützen, wie andrerſeits ſolchen auch beſtimmen und bedingen, theils auch principal ſind, weil ſie an und für ſich lediglich auf ſolchem Status beruhen, von einer Verleihung aber nur mittelbar und nur in der Weiſe bedingt ſind, als die Verleihung des betreffenden Status auch die Verleihung der entſprechenden Rechtsfähigkeit nothwendig implicirt.

Daß nun die römiſche Doctrin das Gebiet der Herrſchaft des Geſetzes, wie der Rechtsfähigkeit der Perſon nicht in der oben angegebenen Weiſe in's Auge faßte und wiſſenſchaftlich behandelte, dafür liegt der Grund ebenſowohl in einer mangelhaften theoretiſchen Herrſchaft des im Wege der Abſtraction zu erkennenden Stoffes [40]), wie insbeſondere auch darin, daß in Folge der ſeit den erſten Anfängen der Stadt gegebenen hiſtoriſchen Geſtaltung der Verhältniſſe gerade der Gegenſatz von Civität und Libertät von ſo durchgreifender und überwiegender Wichtigkeit ſich zeigte, und demgemäß der Gegenſatz von jus civile und jus gentium in ſolcher Maaße hervortrat und der Wahrnehmung ſich darbot, daß in Folge deſſen jene acceſſoriſche und derivative Rechtsfähigkeit überſehen und lediglich von einem anderen theoretiſchen Standpunkte aus in's Auge gefaßt wurde. So erlangte von dem hier fraglichen Geſichtspunkte aus nur die Eintheilung des Rechtes in ein jus civile und jus gentium Beachtung und Anerkennung. und damit jenen unangemeſſenen Anſchein von erſchöpfender Allgemeinheit, den wir oben darlegten.

Wie nun die Gegenſätze ſelbſt von jus civile und jus gentium, ſo war auch die Gränzlinie zwiſchen Beiden durch rein hiſtoriſche Bildung gegeben; und gleich wie wir erkannten, daß das Weſen jener Gegenſätze ſich frei von den Einflüſſen ſpecu-

---

40) Bezüglich des jus Latii liegt ein beſonderer Grund zweifelsohne darin, daß demſelben faſt durchgehends nicht ein Maaß von eigenthümlichen Rechtsſätzen und Rechtsinſtituten entſprach, vielmehr dem jus civile ſelbſt ſein Inhalt entlehnt war. Allein nicht nur enthielt das jus Latii ein minus als das jus civile, ſondern auch ein majus z. B. rückſichtlich der beſonderen Rechtsbeſtimmungen wegen Erlangung der Civität für den Latinus, welche als ein dem jus Latii ureigenes Stück ſich darſtellen. Ueberdem iſt jedoch dieſes Moment für die obige Frage ganz irrelevant.

lativer Behandlung und rein und unvermiſcht erhalten hatte, ſo, wie es aus dem Bildungsproceß mehrerer Jahrhunderte hervorgegangen war und ſich entwickelt hatte, ebenſo haben wir auch feſtzuhalten, daß jene beiden Elemente des Rechtes lediglich durch dieſen hiſtoriſchen Bildungsproceß von einander ſich geſchieden und abgegränzt hatten und daß nur Sitte und Gewohnheit des rechtlichen Verkehres, wie die practiſche Thätigkeit der Prätoren und Juriſten beſtimmend auf die Subſtantiirung des jus gentium und auf ſeine Abſchließung gegenüber dem jus civile eingewirkt hatten, wobei einzig und allein der Nützlichkeitsgrund und das Bedürfniß des geſchäftlichen Verkehres ſelbſt, nicht aber höhere und abſtracte Rückſichten als beſtimmende Gründe in Betracht kommen konnten.

Hiermit aber ſtimmt überein, daß wir außer der Gemeingültigkeit für freie Menſchen und reſp. Bürger kein einziges inneres und weſentliches Criterium des jus gentium und jus civile bei Cicero vorfinden, indem vielmehr alle anderweiten Merkmale derſelben den Charakter des Aeußerlichen und Unweſentlichen an ſich tragen.

Drittes Capitel.

Jus naturale.

§. 16.

Einleitung.

Von dem Zeitpunkte an, wo eine Nation zur reflectirenden Anſchauung der Dinge ſich erhebt, und die entſprechenden Vorſtellungen eine allgemeinere Beachtung finden; ſeit jener Zeit hat auch die Frage nach dem Urſprunge des Rechtes die Aufmerkſamkeit der Völker vielfältig in Anſpruch genommen. Die mannichfachſten Modalitäten ſind es, die dem forſchenden Geiſte als Löſung jener Frage ſich darbieten: Die Entſtehung durch blinde Laune des Zufalles, wie durch mechaniſche Einwirkung hiſtoriſch gegebener Verhältniſſe; durch freibeliebte Willkühr des Geſetzgebers, wie durch deſſen wohlerwägende Reflexion; die Entſtehung endlich durch ein Herauswachſen aus dem Ideenkreiſe des Volkes, wie durch eine Offenbarung Gottes ſelbſt.

Unter allen jenen Möglichkeiten iſt es die letzte, in welcher die Völker die Beantwortung ihrer Frage auffanden: in der Natur und dem Weſen des Rechtes lag Etwas, was auf einen höheren Urſprung deſſelben hinwies, und ſein friedliches Walten, ſein ſtreitſchlichtender und ordnender Character, wie die Angemeſſenheit ſeiner Gebote und deren Uebereinſtimmung mit dem, was eine innere Stimme ſelbſt als gut und vernunftgemäß anerkannte, mochten ebenſo wie die ihm inwohnende Macht, welche die Höchſten, wie die Niedrigſten der Nation ſeiner Herrſchaft unterwarf, in Gott ſelbſt den Urheber des Rechtes offenbaren; — eine Erkenntniß, die weſentlich gefördert wurde durch die Wahrnehmung, daß bei den verſchiedenen Völkern auch ohne voraufgängige Verabredung, ja ſelbſt ohne genauere Kenntniß von einander vielfach der nämliche Satz als Recht anerkannt ward und beſtand.

Dieſe uranfängliche Auffaſſung vom Urſprunge des Rechtes offenbart ſich durch ein doppeltes Medium: in der Sage des Volkes, wie in der Speculation der hervorragenden Geiſter der Nation.

Bereits früher als ein wiſſenſchaftliches Nachdenken das Problem über die Entſtehung des Rechtes ſich ſtellt und löſt, tritt dieſe Frage in der Sage des Volkes während der erſten Periode von deſſen natürlicher Entwickelung gleichſam von ſelbſt hervor und findet ihre Beantwortung in einer Weiſe, die vollkommen jenen herrſchenden Vorſtellungen entſpricht, welche die Entſtehung der Welt, wie aller dem Menſchen nutzbringenden und heilſamen Dinge den Göttern überweiſt. So erſcheint jene Sage als der unmittelbarſte Ausdruck der ureigenen Idee des Volksgeiſtes, als Kundgebung jener Anſchauung, welche im vertrauensvollen Glauben die Relation zwiſchen Gott und den Menſchen als eine unvermittelte und direct eingreifende erſcheinen läßt. In dieſer Weiſe betrachtet z. B. die heimiſche römiſche Sage das Recht als Gabe des Saturn, wie dies bezeugt wird von Virg. Aen. VIII, 320.:

> Primus ab aethereo venit Saturnus Olympo;
> Is genus indocile ac dispersum montibus altis
> Composuit legesque dedit Latiumque vocari
> Maluit;

und Servius in h l. 322:

> Intelligimus Saturnum dedisse leges, quibus adeo obtemperaverunt, ut jam ita per naturam sine legibus viverent. Hunc sane Deum et leges recipere et legibus praeesse docet antiquitas [41]);

dagegen die Griechen ſchreiben die Erfindung von Sitte und Geſetz der Ceres zu, daher dieſe von ihnen Δημήτηρ Θεσμοφόρος benannt ward und als Ceres legifera in die Mythologie der Römer überging [42]). Eine andere Sage bezeichnet den Bacchus

41) Vergl. auch Plut. Quaest. Rom. XII und XLII.

42) Vergl. Plin. H. N. VII c. 56. Virgil. Aen. IV, 58 und Serv. in h. l., ſowie Calvus bei demſ., Macrob. Saturn. III, 12 fin., Plutarch. de esu carn. I, 2., ſowie die Citate bei Rosini, Antiqu. Rom. ed. Dempster, Paralipom. ad c. II, 11. ex. Beiläufig bemerke ich, daß eine Vergleichung von Macrob. und Serv. ll. cc. den ſtringenten Beweis giebt, daß der von Macrobius rühmend erwähnte Grammatiker Servius in der That kein An-

als Erfinder der Geſetze bei den Indern [43]), während andrerſeits wiederum demſelben die Einſetzung des emere ac vendere ganz im Allgemeinen von den Römern beigelegt wird [44]).

Verwandt mit dieſer Anſchauung der Volksſage, weil in das Gewand der Mythe verhüllt, verwandt aber auch mit den Beſtrebungen der Philoſophie, weil eine ſelbſtſtändige Speculation bekundend, erſcheinen die Vorſtellungen über den Urſprung des Rechtes bei den älteſten Dichtern: einem Homer und Heſiod. Auch ihnen iſt das Recht eine Gabe der Götter, eine unmittelbare Offenbarung für ihr Volk [45]).

Eine wiſſenſchaftliche Auffaſſung und Ausprägung erhielt endlich jene Vorſtellung vom göttlichen Urſprunge des Rechtes in der Philoſophie, die, zunächſt zwar beſtimmt durch die Conſequenz der von ihr ſelbſt ſtatuirten Vorderſätze, ſchwerlich aber ganz frei von dem Einfluſſe jener herrſchenden Volksanſchauung, ebenfalls eine göttliche Offenbarung in dem Rechte anerkannte. Allein indem hiermit der nämliche Grundgedanke von den verſchiedenen Trägern des geiſtigen Lebens der Nation erfaßt und von einem Jeden in ſeiner Weiſe, dort faſt nur inſtinctiv, hier wahrhaft denkend verarbeitet ward, ſo erlitt der Rechtsbegriff ſelbſt, der den Gegenſtand jener ſpeculativen Forſchung bildete, eine weſentliche Transſubſtantiation. — Denn während das Volk einzig und allein ſein heimathliches Recht, dieſes aber ſo, wie es gegeben war und galt, in der Geſammtheit des Stoffes und ohne analyſirende Werthſchätzung des Inhaltes als Gabe der Götter hinnahm, wendete die Philoſophie den Blick empor in die Sphäre ewiger und letzter Wahrheit, erforſchte und er-

---

derer iſt, als Servius Maurus Honoratus, — eine Thatſache, die bisher entweder als zweifelhaft (ſo Lion, Praefat. ad Comment. in Virg. Serv. p. IV ad not. 1) oder ohne genügenden Beweis als wahr (ſo Bähr, Geſch. der röm. Litt. 3. Aufl. §. 76 ad not. 17) angenommen ward. Denn Macrob. theilt in Saturn. III, 12. fin. die Schede des Serv. ad Aen. IV, 58. wörtlich mit.

43) Arrian Hist. Ind. c. V, §. 5. Diodor. Sic. II, 38, 5.

44) Plin. H. N. VII, c. 56.

45) S. Platner, notiones jur. et just. ex Homeri et Hesiod. carm. explic. p. 96 sq., wozu Vergl. Pseudoplut. de vit. et poes. Hom. c. 117 — 119.

kannte hier das Abſolute und fand in dieſem den Maaßſtab, nach welchem ſie das nationale Recht abſchätzend in's Auge faßte und beurtheilte. Auf dieſem Wege gelangte die Philoſophie zu der Erkenntniß, daß ein über Raum und Zeit erhabenes, ein abſolutes und einiges Recht als Geſetz des höchſten Weſens gegeben ſei, ein Recht, welches weder in den beſchränkten Raum des Landrechtes eines einzelnen Volkes eingeſchloſſen, noch auch andrerſeits allein und ausſchließlich den Inhalt des Letzteren bilde. Während daher durch ſolches Dogma einerſeits eine zerſetzende Diſtinction in das vaterländiſche Recht ſelbſt hineingetragen und in demſelben ein abſolutes und ein nationales normatives Element anerkannt ward, ſo überſchritt andrerſeits der Gedanke die ſichere Gränze der poſitiven Satzung und erforſchte im freien Reiche der Idee jenes Geſetz, welches unabweichbar die wechſelſeitigen Beziehungen der Menſchen zu regeln berufen war. Dieſes abſolute und einige Geſetz iſt der νόμος ὁ ἄγραφος oder ὁ κοινός, die lex naturae; die Summe ſeiner Gebote iſt das ἄγραφον oder φύσει δίκαιον, das jus naturale; ſein äußeres Merkmal iſt vornämlich die Allgemeingültigkeit ſeiner Vorſchriften bei allen Völkern; ſein inneres Criterium iſt, ein Geſetz zu ſein, welches vom höchſten Weſen ſelbſt, dem Inbegriffe alles Guten und Schönen ausging.

So erlitt jene Volksanſchauung vom göttlichen Urſprunge des Rechtes eine weſentliche Umwandelung im Munde der Philoſophie, indem der Begriff des Rechtes ſelbſt, dem jener höhere Urſprung beigelegt ward, eine andere Weſenbeſtimmung erfuhr. Nur dieſe letztere Lehre aber iſt es, die bei der von uns geſtellten Aufgabe von ſelbſtſtändigem Intereſſe für uns erſcheint, und auch hier ſind es zunächſt nur die Dogmen der römiſchen Juriſten, die unſere Aufmerkſamkeit in ureigener Maaße in Anſpruch nehmen. Allein die Wahrnehmung, wie die römiſchen Juriſten bei jener Lehre ebenſowohl in mehrfachen einzelnen Punkten ganz unmittelbar von Cicero's Doctrin, ja ſelbſt von den Dogmen der griechiſchen Philoſophie beeinflußt und inſpirirt wurden; wie ferner dieſelben den leitenden Grundgedanken ſelbſt eines jus naturale der Philoſophie Griechenlands, wie Cicero's in letzter Quelle entlehnten, ſomit aber lediglich eine urſprünglich fremde Vorſtellung, wenn auch theilweis in ſelbſt-

ſtändiger Weiſe verarbeiteten; die Erkenntniß daher, daß in der Lehre vom jus naturale in Wahrheit nur eine einige große Apperceptionsmaſſe uns entgegentritt, welche in den verſchiedenen Phaſen ihrer denkenden Verarbeitung unſerem Auge ſich darbietet, und die durchlaufene Bahn uns überſchauen läßt von der erſten unbeholfenen und dunkelen Vorſtellung an bis abwärts zur präciſirten Feſtſtellung des Gedankens, und von hier aus wieder bis zur wohlerwogenen Darlegung des Inhaltes ihrer Poſtulate; alle dieſe Momente gebieten, jene Lehre von ihrer practiſchen Handhabung in den Reſponſen der römiſchen Juriſten bis rückwärts zu ihrer Begründung in den erſten Regungen der wiſſenſchaftlichen Specnlation durch alle Stadien ihrer Entwickelung hindurch zu verfolgen.

Indem wir ſomit unſere Behandlung des jus naturale der Römer mit der der griechiſchen Philoſophie vom ἄγραφον oder φύσει δίκαιον beginnen, ſo räumen wir dem Letzteren zwar nur eine präparatoriſche, in der That aber auch eine mehr als bloß einleitende Stellung ein, und dieſer Geſichtspunkt iſt es, der wiederum für die äußere Ausdehnung der Erörterung maaßgebend iſt [46]).

---

46) Unſer Standpunkt iſt 1. ein rein juriſtiſch-dogmengeſchichtlicher: nur die Lehre vom jus naturale, ihre poſitive Begründung, wie ihre Regirung, iſt für uns von weſentlichem Intereſſe, daher nur ſie ſelbſtſtändigen Anſpruch hat, in den Kreis der Erörterung gezogen zu werden; allein um des nothwendigen Verſtändniſſes willen kann die Unterſuchung ſich nicht entbrechen, auf die Begriffe von Geſetz und Recht, wie in weiterer Folge vom Guten und ethiſch Vollkommenen im Allgemeinen zurückzugehen. Darüber hinaus können die Speculationen der griechiſchen Philoſophie nur inſoweit in Betracht kommen, als ſie das letzte und unentbehrliche Fundament jener Begriffe enthalten; 2. jene Lehre hat eine mehr denn einleitende Bedeutung; daher iſt ſie nicht bloß in allgemeineren Umriſſen anzudeuten, ſondern in ihren Hauptpunkten auszuführen und darzulegen; 3. dieſe Lehre nimmt nur eine präparatoriſche Stellung ein; daher iſt nicht jede Reflexion wiederzugeben, die die denkende Anſchauung derſelben im Geiſte anregt, vielmehr wird die ſelbſtſtändige Abwägung und Werthſchätzung ihres Inhaltes, ihrer Vorausſetzungen und Conſequenzen durch das Ziel und den Zweck bemeſſen und beſtimmt, dem jene Lehre dient.

Erſte Abtheilung.

Die Lehre vom jus naturale in der griechiſchen Philoſophie.

§. 17.

Die älteſte Philoſophie Griechenlands.

Gleichwie der Stoff, den die antike Philoſophie behandelt, in zwei verſchiedene große Maſſen ſich ſcheidet, ſo erſcheint auch, entſprechend dieſer doppelten Materie, die Linie verſchieden, welche in dem Gange ihrer Forſchung die griechiſche Philoſophie beſchreibt.

Das Theoretiſche eröffnet überhaupt alle philoſophiſche Forſchung Griechenlands mit den phyſiologiſchen Syſtemen der Jonier und Eleaten, ſchließt dagegen im Weſentlichen bereits mit Ariſtoteles ab, nachdem ihm durch dieſen eine Bearbeitung aller ſeiner Elemente: des Logiſchen wie des Metaphyſiſchen, des Naturphiloſophiſchen wie des Pſychologiſchen zu Theil geworden iſt. Dagegen das Ethiſche, obgleich in einzelnen Begriffen bereits von Pythagoras philoſophiſch conſtruirt,[47] gewinnt erſt mit Socrates Selbſtſtändigkeit und eine ſyſtematiſche Haltung[48], während es am Ausgange der griechiſchen Philoſophie, wie andrerſeits auch in der römiſchen Doctrin faſt ausſchließlich die philoſophiſchen Beſtrebungen beſchäftigt.

Dieſer ethiſche Stoff aber, der allein unſere Aufmerkſamkeit maaßgebend in Anſpruch nimmt[49], erſcheint in der griechiſchen

---

47) Vergl. namentlich Magn. Mor. I, 1, 6: πρῶτος μὲν οὖν ἐνεχείρησε Πυθαγόρας περὶ ἀρετῆς εἰπεῖν, (Primus igitur Pythagoras de virtute dicere aggressus est.)

48) Vergl. namentlich Cic. Tusc. V, 4, 10: Socrates autem primus philosophiam — — coegit de vita et moribus rebusque bonis et malis quaerere; Acad. I, 4, 15. Mag. Mor. I, 1, 7. Arist. Met. I, 6, 1. u. a. m.

49) Inſoweit unſere Unterſuchung ihre unentbehrlichen Grundlagen aus der theoretiſchen Philoſophie entlehnen muß, bin ich mit großem Vergnügen gefolgt Strümpell, Geſchichte der theoretiſchen Philoſophie der Griechen, Lpzg. 1854. Die ethiſche Philoſophie insbeſondere betreffend, ſo habe ich in den Werken von Stäudlin, Geſch. der Moralphiloſophie, Hannov. 1822. Henrici, Ideen zu einer wiſſenſch. Begründg. der Rechtslehre, Thl. I. Hannov. 1810. p. 3—170. Roßbach, die Perioden der Rechts-Philoſophie, Regensb.

Philoſophie nicht als elementäre Subſtanz, vielmehr erkennt das geſammte Alterthum in ihm eine zuſammengeſetzte Materie an, als deren eines Element deutlich wahrnehmbar das δίκαιον hervortritt, während die Geſammtheit des Ethiſchen durch die Bezeichnungen ἀγαθόν, καλόν, καλὸν καὶ ἀγαθόν repräſentirt wird. Da nun das δίκαιον als eines der wichtigſten Stücke des ἀγαθόν von der antiken Philoſophie aufgefaßt wird, ſo bilden beide Begriffe auch die Schwerpunkte, um welche auf dem Gebiete der practiſchen Philoſophie die maaßgebenden Fragen ſich bewegen. Insbeſondere knüpfen ſich an das δίκαιον zwei Hauptprobleme an, deren Löſung die Denkkraft des Alterthumes auf das Lebhafteſte beſchäftigte, die Fragen nämlich: Was iſt das δίκαιον? und: Woher kommt daſſelbe? Nur abhängig von dieſen beiden Hauptfragen erſcheinen alle übrigen das δίκαιον betreffenden ſpecielleren Punkte, mit alleiniger Ausnahme der beſonderen Frage nach der Weſenheit des Rechtsſubjectes ſelbſt. Allein auch dieſe Frage tritt gegenüber den obigen beiden Hauptproblemen in den Hintergrund zurück, inſofern als ſie, lediglich durch die Lehre des Pythagoras und Empedocles von einer Rechtsgemeinſchaft zwiſchen Menſchen und Thieren angeregt, faſt nur in kategoriſcher Weiſe zur Erledigung gebracht wird.

Alle dieſe drei Punkte treten in den Kreis unſerer Unterſuchung herein: das zweite Problem um ſeiner ſelbſt willen; durch dieſes bedingt ſodann das erſte; endlich die dritte Frage um deßwillen, weil wir von Pythagoras abwärts den Zwieſpalt der betreffenden Meinungen durch die geſammte griechiſche Philoſophie hindurchlaufen und ſodann innerhalb der römiſchen Wiſſenſchaft von Neuem auftauchen ſehen (§. 50), hiernach aber anzunehmen iſt, daß die gleiche Meinungsverſchiedenheit, welche wir in der römiſchen Jurisprudenz antreffen (§. 56), in letzter Quelle beſtimmt wurde durch jene Dogmen der griechiſchen Philoſophie.

In dieſer letzteren Annahme liegt zugleich der maaßgebende Grund, weßhalb unſere Unterſuchung, anſtatt mit Socrates zu

1842. p. 1—61. weniger Unterſtützung für meine Zwecke gefunden, als in den Werken über Geſchichte der Philoſophie im Allgemeinen von Tennemann, Krug, Fries und Brandis.

beginnen, bis auf Pythagoras und Empedocles zurückgeht. Dagegen die späteren Phyſiologen, welche zwiſchen Pythagoras und Socrates fallen, können in unſerer Unterſuchung keine beſondere Stelle einnehmen, weil in ihren Syſtemen eine Theorie des Ethiſchen gänzlich gemangelt haben dürfte, ja überhaupt einen Raum nicht füglich finden konnte. Wenn daher auch einzelne Sentenzen von dieſen Philoſophen überliefert werden, welche ebenſowohl beweiſen, daß die Letzteren Reflexionen über das Weſen und den Urſprung von Recht und Geſetz anſtellten, wie auch gleichzeitig in einem inneren Zuſammenhange mit deren philoſophiſchen Syſtemen ſtehen, ſo werden wir doch immerhin die Annahme zurückzuweiſen haben, daß innerhalb dieſer Syſteme derartige ethiſche Erörterungen zu einem ſelbſtſtändigen Beſtandtheile ſich abſchloſſen [50]). Von dieſem Geſichtspunkte aus iſt zu beurtheilen, wenn Heraclitus (um 254 d. St.) in Conſequenz der Lehre, daß die Erkenntniß des Menſchen auf einer Einſtrömung der denkenden Weltſeele, des κοινὸς καὶ θεῖος λόγος beruhe, und daß, vermittelt durch dieſen Zuſammenhang des Individuum mit der göttlichen Weltſeele, eine mit dieſer gemeinſame Erkenntniß und Vorſtellung den Menſchen innewohne [51]), den Satz ausſprach, daß das menſchliche Geſetz nur der Träger des göttlichen ſei und von dieſem ſeinen Ausgang und ſeine Kraft nehme; Stob. Serm. 3, 84. Gaiſf.:

τρέφονται πάντες οἱ ἀνθρώπινοι νόμοι ὑπὸ ἑνὸς τοῦ θείου· κρατεῖ γὰρ τοσοῦτον, ὁπόσον ἐθέλει καὶ ἐξαρκεῖ πᾶσι καὶ περιγένεται (aluntur omnes leges humanae ab una divina; potest enim tantum, quantum libet et sufficit omnibus atque superat); vergl. Stob. Serm. 104, 33. Arist. Phys. I, 2, 3.

Dieſer Theſis tritt entgegen Archelaus, ein jüngerer Zeitgenoſſe des Heraclit, indem derſelbe nach Diogen. Laert. II, 16. den Satz aufſtellt:

---

50) In dieſem Sinne iſt zu verſtehen, was Diogen. Laert. II, 16. (wozu vergl. Sext. Empir. Math. VII, 1, 14. Bekk.) vom Archelaus berichtet: περὶ νόμων πεφιλοσόφηκε καὶ καλῶν καὶ δικαίων (de legibus philosophatus est et de honesto et justo.)

51) Vergl. Strümpell, l. c. §. 35.

το δίκαιον εἶναι καὶ το αἰσχρὸν οἱ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ (justum et turpe non natura esse, sed legibus),

eine Sentenz, worin zuerſt der zunächſt jedoch nur im Sinne der Phyſiologen aufzufaſſende Begriff eines φύσει δίκαιον unſerer Wahrnehmung ſich darbietet.

Endlich von Democritus, einem Zeitgenoſſen des Archelaus, berichtet Stob. Serm. 38, 57. den Ausſpruch:

οὐκ ἂν ἐκώλυον οἱ νόμοι ζῆν ἕκαστον κατ' ἰδίην ἐξουσίην, εἰ μὴ ἕτερος ἕτερον ἐλυμαίνετο· φθόνος γὰρ στάσιος ἀρχὴν ἀπεγράζεται (leges non prohibuissent singulos pro arbitrio suo vivere, nisi alter alterum laesisset; etenim invidia discordiae parit initium); vergl. Stob. Serm. 43, 33.

ſowie Serm. 44, 15.:

δίκη μέν ἐστιν, ἔρδειν τὰ χρὴ ἐόντα· ἀδικίη δὲ, μὴ ἔρδειν τὰ χρὴ ἐόντα, ἀλλὰ παρατρέπεσθαι (Justitia est ea facere, quae fieri oportet, injustitia autem facienda non facere, sed declinare.)

§. 18.

Pythagoräer. Empedocles.

Der leitende Grundgedanke der Philoſophie des Pythagoras (geb. um 229 d. St.) oder vielmehr der Pythagoräer beruht nach Arist. Met. vornämlich 1, 5 sq., ſowie XIII, 3 sq., wozu vergl. Sext. Emp. Pyrrh. hyp. 3, 152 sq. u. adv. phys. II, 249 sq. auf folgender Erwägung:

Das Uranfängliche iſt nicht ein ſinnlich Wahrnehmbares (φαινόμενον), denn dieſes iſt ein Zuſammengeſetztes, und als ſolches kein Anfängliches. Vielmehr iſt eine ſinnlich nicht wahrnehmbare und untheilbare Materie jenes Uranfängliche: die Zahl.

Die Zahl iſt daher das Element, indem ſie Subſtanz (ὕλη) iſt; ſie iſt aber auch Princip, weil ihre Immanenz ein normirendes Geſetz iſt, welches ebenſowohl als beſtimmende Regel (λόγος), wie als paſſives Verhalten, als zu erduldende Beſtimmung (πάθος, ἕξις) ſich kund giebt. Indem jedoch im Einzelnen die Zahlen ſelbſt wiederum eigenen, ſelbſtſtändigen Principien folgen, wie aus primitiven Elementen beſtehen, ſo ſind ſie das Uranfängliche: das Element und Princip der Dinge nur in dem

Sinne, daß die Principien und Elemente (στοιχεῖα) der Zahlen zugleich die erſten Elemente und Principien der Dinge ſind:

(τοὺς ἀριθμοὺς) τῶν ὄντων ἀρχὰς εἶναι πάντων· oder: οἱ ἀριθμοὶ πάσης τῆς φύσεως πρῶτοι oder τῶν ὄντων πάντων φύσει πρῶτοι·

τά τῶν ἀριθμῶν στοιχεῖα τῶν ὄντων στοιχεῖα πάντων.

Dieſe στοιχεῖα der Zahlen ſind ebenſowohl das Ungerade und Gerade, wie das Beſtimmte, Begränzte, und das Unbeſtimmte, Geſtaltloſe, und ſie wiederum erſcheinen andrerſeits auch als Subſtrate der Zahlen. Zunächſt entſpringt aus ihnen die Eins oder μονάς, in welcher Gerades und Ungerades noch unentſchieden verhüllt liegt; ſodann die Zwei oder δυάς, als das erſte unbeſtimmte Gerade; endlich in weiterer Reihenfolge die übrigen Zahlen.[52])

Indem ſomit die Zahl andere Beziehungen der Dinge repräſentirt, als deren mathematiſche Verhältniſſe; indem ferner die Zahl auch ſolchen Objecten des Denkens attribuirt wird, welche ihrem Weſen nach ſolcher Verbindung nicht entſprechen; ſo wird hiermit jene Verknüpfung von Zahl und Object des Denkens eine künſtliche und verwandelt ſich in ein Syſtem wiſſenſchaftlicher Symbolik. Hiermit aber tritt in der Philoſophie des Pythagoras ein doppeltes Element aus einander: das rein Formale, die mathematiſche Zahl oder Formel, welche ſymboliſch iſt; und das Materiale, der ſpeculative Begriff ſelbſt oder das Urtheil, welches in jener Formel ſeinen wiſſenſchaftlichen Ausdruck erhält und ſeine techniſche Repräſentation findet.

Eine μονάς nun iſt Gott, eine moraliſche Intelligenz, welche in qualitativer Beziehung als Inbegriff des Guten, ἀγαθόν,[53]) und gleichzeitig auch als Vernunft, νοῦς, οὐσία νοητή,[54]) wie als Seele, ψυχή,[55]) aufgefaßt wird.

Als der Inbegriff des Guten iſt Gott den Menſchen das

52) Vergl. Strümpell, l. c. §. 72 sq.

53) Plut. plac. phil. I, 7, 14. vergl. mit I, 3, 14. 15. 20. Diogen. Laert. VIII, 25.

54) Plut. plac. phil. I, 7, 14. vergl. mit IV, 2, 2. 3, 1.

55) Plut. l. c. IV, 2, 2. 3, 1. vergl. mit Arist. de anim. I, 2. de anim. procr. I, 5. II. Stob. Ecl. I. p. 794. 862. Heeren. Macrob. in Somn. I, 6, 14.

Vorbild der ſittlichen Handlungsweiſe, daher die Summe der ethiſchen Gebote in der Vorſchrift enthalten iſt: ἀκολουθεῖν τῷ Θεῷ, Gottes Geſetz zu befolgen, dem Menſchen ſomit die allgemeine Pflicht obliegt, ein Gott gefälliges Leben zu führen [56]). Die hieraus ſich ergebenden ſpecielleren Vorſchriften ſelbſt aber werden zur Erkenntniß des Menſchen gebracht durch Verkündigung, ſei es unmittelbar von Gott ſelbſt, im Wege der Divination, ſei es von Seiten derer, welche ſolche Offenbarung bereits vernommen [57]).

Das den Geboten Gottes entſprechende Verhalten iſt die Tugend, eine Harmonie und μονάς [58]), als deren eine beſtimmte ſpecielle Richtung die δικαιοσύνη hervortritt. Die Letztere nun definirt Pythagoras als ἀριθμὸς ἰσάκις ἴσος [59]), was an ſich nur beſagt, daß die Gerechtigkeit eine potenzirte gleiche Zahl iſt, indem jener Ausdruck nur das bezeichnet, was die Römer durch pariter par numerus wiedergeben, d. h. eine gleiche Zahl, welche zwei gleichmäßig gleiche Zahlen in ſich enthält [60]). Jene Definition repräſentirt ſonach zunächſt lediglich einen mathematiſchen Begriff und eine entſprechende Formel, allein in Wirklichkeit ſind beide nur Träger und Repräſentanten der materialen Vorſtellung, welche Pythagoras mit der δικαιοσύνη verband. Indem wir nun zunächſt die Letztere in's Auge faſſen, ſo iſt

56) Jamblich. vit. Pyth. §. 137. vergl. §. 86. 87. Stob. Ecl. II. p. 66. Heer.

57) Jamblich. l. c. Diogen. Laert. VIII, 32. Cic. de Divin. I, 3. Aelian. var. hist. XII, 59.

58) Diogen. Laert. VIII, 33. Arist. Eth. Nic. I, 6, 7. II, 6, 14. Magn. Mor. I, 1, 6.

59) Magn. Mor. I, 1, 6. Hiervon abweichend beſtimmt Jamblich. vit. Pyth. §. 179. die δικαιοσύνη in einer Ausdehnung, daß ſolche das geſetzmäßige Verhalten im Allgemeinen, ja faſt die geſammte Tugend umfaßt, wie namentlich nach §. 186. fin. 189 sq. u. 167 sq. Ebenſo giebt derſelbe in §. 172. (ſ. unten not. 71.) in dem εἶδος δικαιοσύνης τὸ νομοθετικόν einen Begriff, der weit über die Sphäre des obigen hinaus greift. Wenn nun überhaupt dieſen Angaben des Jamblich. einiger Glauben beizumeſſen iſt, ſo würden wir anzunehmen haben, daß die Pythagoräer gleich dem Ariſtoteles einen doppelten Begriff der δικαιοσύνη anerkannten: einen vulgären, als den weiteren, und einen wiſſenſchaftlichen engeren Begriff, welcher oben im Texte gegeben iſt.

60) Vergl. z. B. Macrob. in Somn. I, 5. fin. Isidor. Origin. III, 5, 3.

hierbei von dem Begriffe des δίκαιον auszugehen, welches Pythagoras definirt als: τὸ ἀντιπεπονθὸς ἄλλῳ[61]), als das Widervergelten, somit als die Summe der durch den Begriff der Widervergeltung, der Talion gegebenen Regeln des Verhaltens[62]). Dieſer Begriff des Rechtes läßt nun die δικαιοσύνη, als das dem Erſteren entſprechende Verhalten, nothwendig, wie ausſchließlich bedingt erſcheinen durch die Proportion einer Gleichheit von Aggreſſiv- und Repenſivhandlung, daher die Gerechtigkeit dasjenige Verhalten iſt, welches mit gleichem Maaße den vorausgegangenen Eingriff in die Sphäre des eigenen Ich erwiedert und vergilt, eine Begriffsbeſtimmung, mit der übereinſtimmt, wenn Aristoteles Met. I, 5, 2. im Sinne des Pythagoras die δικαιοσύνη ein τῶν ἀριθμῶν πάθος, ein den Zahlen gegebenes Verhältniß nennt (Vergl. oben). Faßt man daher die Gerechtigkeit als eine von beiden Handlungen unterſchiedene dritte Größe auf, ſo ſtellt ſich dieſelbe als Größe dar, welche durch das Geſammtquantum zweier anderer gegebener Größen gebildet wird. Jede einzelne dieſer beiden Größen, alſo Aggreſſiv- wie Repenſivhandlung, erſcheint aber ſelbſt wiederum als eine zuſammengeſetzte Größe inſofern, als bei Beiden je eine doppelte Größe, das Handeln und das Leiden in Betracht kommt[63]). Werden nun dieſe letzteren Grundgrößen je als δυὰς, als das erſte unbeſtimmte Gerade angenommen, ſo iſt nun die δικαιοσύνη die 3. Potenz der δυὰς, alſo=8, was beſtätigt wird von Macrob. in Somn. Scip. I, 5 fin.:

> Pythagorici vero hunc numerum (i. e. octo) justitiam vocaverunt: quia primus omnium ita solvitur in numeros pariter pares, hoc est, in bis quaterna, ut nihilominus in numeros aeque pariter pares divisio quoque ipsa solvatur, id est, in bis bina.

61) Arist. Eth. Nic. V, 5, 1—3. Eudaem. IV, 5.

62) Magn. Mor. I, 34, 13: ἅ τις ἐποίησε, ταῦτ' ἀντιπαθεῖν. Vergl. Arist. Metaph. XII, 4, 3.

63) Plutarch. de Isid. et Osirid. 75. ſagt: (οἱ Πυθαγόρειοι ἐκάλουν) Δίκην τὴν τριόδαν· τοῦ γὰρ ἀδικεῖν καὶ ἀδικεῖσθαι κατ' ὄλειψιν καὶ ὑπερβολὴν ὄντος, ἰσότητι δίκαιον ἐν μέσῳ γέγονεν. Dieſe Anſicht hat an ſich keinen Werth für uns, weil ſie offenbar durch den ariſtoteliſchen Rechtsbegriff ſtark beeinflußt iſt; allein doch enthält dieſelbe die Andeutung, daß das Thuen und Leiden als zwei ſelbſtſtändige Momente im Thatbeſtande der Handlung von den Pythagoräern geſchieden worden ſind.

Eadem quoque qualitate contexitur, id est, bis bina bis. Cum ergo et contextio ipsius pari aequalitate procedat et resolutio aequaliter redeat usque ad monadem, quae divisionem arithmetica ratione non recipit, merito propter aequalem divisionem justitiae nomen accepit [64]).

Demgemäß iſt ſonach die δυάς die Grundzahl der δικαιοσύνη, wie dies auch andeutet Favon. Eulog. in Somn. Scip. p. 402. Or.:

Dyas vero, ut theologi asserunt, secundus est motus. — — Ab hoc (sc. numero) justitia, naturalis virtus, librata partium aequalitate diluxit;

während die δικαιοσύνη ſelbſt, als 8, die erſte cubiſche Zahl iſt. Während wir daher nach der obigen Definition des Pythagoras ſelbſt die δικαιοσύνη durch die Formel: $= X^3$ bezeichnen konnten, ſo gewinnen wir nunmehr durch dieſe weitere Größenbeſtimmung die Formel: die δικαιοσύνη iſt $X = 2^3$ [65]).

In dieſer Weiſe ergiebt ſich das zweite, das mathematiſche Element des obigen Begriffes, und wenn gleich wir hierbei einerſeits nicht verhehlen dürfen, wie ſich nicht mit Gewißheit behaupten läßt, daß bereits Pythagoras dieſe formale Beſtimmung des Begriffes gegeben und deſſen Vermittelung mit den Zahlen 2. und 8. feſtgeſtellt habe, ſo erſcheint es doch andrerſeits auch nicht unwahrſcheinlich, daß bei der abſoluten Werthſchätzung der Zahlen, welche wir bereits bei den älteſten Pythagoräern angedeutet finden, die cubiſche Zahl, als welche die δικαιοσύνη aufgefaßt wurde, bereits von Alters her namentlich angegeben war.

Das Recht ſelbſt nun erſcheint nach der obigen Definition keineswegs als eine mit a priori gegebenem Inhalte verſehene abſolute Norm, vielmehr geſtaltet es ſich in der That nur zum abſtracten Größenbegriffe: es offenbart ſich nicht als Summe

---

64) Dieſe letztere Bemerkung bezieht ſich darauf, daß δίκαιον nicht bloß den Sinn von gerecht hat, ſondern daneben auch „in zwei gleiche Theile getheilt" bedeutet; vergl. die Lex. u. Arist. Eth. Nic. V. 4, 9.

65) Wie wenig es überhaupt der griechiſchen Wiſſenſchaft widerſtrebte, in mathematiſchen Formeln ethiſche Begriffe wiederzugeben, beweiſt Ariſtoteles, der ebenfalls durch derartige Proportionen das δίκαιον veranſchaulicht z. B. durch die Formel: (Perſon) A : (Perſon) B = (Sache) C : (Sache) D. Vergl. Eth. Nic. V, 3 sq.

von Vorſchriften für die Handlungsweiſe des Einzelnen, vielmehr ſtellt es ſich einzig und allein als Inbegriff eines einzigen generellen Principes dar, welches für ſich allein den geſammten normativen Inhalt des Rechtes vollſtändig erſchöpft. Die durch dieſe Weſenbeſtimmung des Rechtes bedingte Beſonderheit deſſelben beſteht ſomit zunächſt darin, daß dem Rechte ein abſoluter Character keineswegs inwohnt, vielmehr daſſelbe rein relativer Natur iſt, inſofern erſt nach Maaßgabe der concreten Aggreſſivhandlung die Modalität und das Maaß ſeines Inhaltes ſich ergiebt. Allein in noch weit höherem Maaße characteriſtiſch erſcheint der Rechtsbegriff des Pythagoras dadurch, daß nach ihm das Recht einen rein ausgleichenden und repenſiven Character an ſich trägt und ſomit eine lediglich bedingte Herrſchaft ausübt, indem ſeine ordnende Kraft einzig und allein da ſich äußert, wo ein Dritter, ſei es durch erwieſene Wohlthat, ſei es durch zugefügte Verletzung in das Rechts- und Freiheitsgebiet des Anderen bereits eingegriffen hat, außerhalb dieſer Gränzen aber höchſtens noch da, wo innerhalb der durch ein Geſchäft bedingten Verhältniſſe die Zumeſſung von Vortheil und Nachtheil zwiſchen den Intereſſenten in Frage kommt [66]). Dagegen eine ſelbſtſtändige Abgränzung des Freiheitsgebietes des Einzelnen, wie das Princip der Verhinderung eines Uebergriffes in die Rechtsſphäre des Anderen im Wege der aggreſſiven Handlung, dieſer Geſichtspunkt liegt dem Rechte des Pythagoras fern, vielmehr greift innerhalb jener Gränzen lediglich das allgemeine Geſetz des ἀγαθόν als Maaßſtab der Beurtheilung der Handlungen Platz.

Recht und Gerechtigkeit müſſen endlich, ſobald die Pythagoräer den Urſprung dieſer Begriffe im Allgemeinen in Frage zogen, als Ergebniſſe höherer Anordnung aufgefaßt worden ſein; denn, ſagt Philolaus bei Jamblich. in Nicom. Arithm. I. p. 25., die Geſetze der Zahlenverbindungen und Verhältniſſe gelten φύσει καὶ οὐ νόμῳ. Dagegen iſt unabhängig vom Begriffe des δίκαιον der des Geſetzes. Dieſes gleicht, wie Archytas, ein älterer Pythagoräer beſagt, der Harmonie: gleichwie dieſe dem Gehöre das Verſtändniß, der Stimme den Gleichklang

66) Vergl. Arist. Eth. Nic. V, 5, 4 sq.

verleiht, so bildet jenes den Geist des Menschen [zur Empfänglichkeit für die staatliche Ordnung] und vermittelt für die Vielheit der Einzelnen einen friedlichen Einklang und einen geregelten Gang im Verkehre des bürgerlichen Lebens [67]). Denn wie jeder Staat aus drei Elementen besteht: dem Gesetze, dem Herrscher und den Unterthanen, so fällt dem Gesetze, dem wichtigsten dieser Elemente, die Aufgabe zu, nicht allein die Beziehungen der Einzelnen zu den Göttern, Dämonen und Eltern zu regeln, sondern auch das vermittelnde Band zwischen Herrscher und Unterthanen zu bilden, eine Aufgabe, die es erfüllt, indem es die Gesammtheit des Guten und Nützlichen bestimmend und ordnend einer Regel unterwirft [68]). Gleichwie daher der Herrscher der νόμος ὁ ἔμψυχος, und derjenige Regent der beste ist, welcher am Treuesten die Gesetze befolgt [69]), so liegt auch den Unterthanen die Verpflichtung ob, diesem belebten, wie jenem unbelebten Gesetze Folge zu leisten.

Somit greifen die Gesetze weit über das Gebiet des δίκαιον hinaus, die ganze Sphäre des Guten und Nützlichen umspannend. Mit Rücksicht auf ihren Ursprung zerfallen aber dieselben nach Archytas [70]) in die νόμοι ἄγραφοι und γεγραμμένοι, deren Erstere die Quelle wie Richtschnur der Letzteren bilden und, die Gebote Gottes selbst, das höchste und absolute Gesetz des ἀγαθόν enthaltend, vornämlich drohend und züchtigend dem Gottlosen entgegentreten:

πονηρῶν ἀθέων νόμοι θεῶν ἄγραφοι ἀντινομιζόμενοι, πονηρὰν μοῖραν καὶ ζημίαν τῷ μὴ πειθομένῳ διδόντες, πατέρες καὶ ἡγεμόνες τῶν γεγραμμένων νόμων, καὶ δογμάτων ἀνθρώποις τιθέντων (adversus improbos leges Deorum non scriptae institutae sunt, malam sortem poenamque non obedienti inferentes, parentes ac principes scriptarum legum et constitutionum inter homines).

67) Archytas de legibus et justitia bei Stob. Serm. 43, 132. Das Letztere besagt auch die Definition des Pythagoräer's Diotogenes in de sanctitate bei Stob. Serm. 43, 130.

68) Stob. Serm. 43, 134.

69) Archyt. de legib. et justit. bei Stob. Serm. 46, 61.

70) Stob. Serm. 43, 129.

Pythagoras ſelbſt ſoll das poſitive Geſetz für berufen erklärt haben, krankhaften Zuſtänden der bürgerlichen Geſellſchaft vorzubeugen, als Vorſchrift des zu Thuenden und zu Unterlaſſenden [71]), daher Gehorſam gegen daſſelbe und Kampf gegen das Rechtswidrige eingeſchärft wird [72]).

§. 19.

Fortſetzung.

(Pythagoras. Empedocles.)

Als ψυχή durchdringt das höchſte Weſen das Weltall, hier als Weltſeele (ἡ τοῦ παντὸς ψυχή) ſich offenbarend, und erzeugt das Leben [73]). Auch in einzelne Geſchöpfe, namentlich in die Menſchen und Thiere dringen losgetrennte Theile dieſer Weltſeele ein und geſtalten ſich hier zur particulären ψυχή [74]), welche jedoch nur verwandt mit jener, nicht identiſch iſt [75]), weil die Ausſtrömung der Weltſeele bei Durchdringung der die Erde umgebenden Stoffe mit dieſer der Sterblichkeit unterwerfenden Materie ſich verbindet und nur in dieſer Verſchmelzung zur Seele des lebenden Weſens ſich geſtaltet [76]).

Dieſe particuläre ψυχή, welche ebenfalls unkörperlich iſt [77]), beſteht nun aus zwei Beſtandtheilen: der intellectuellen Kraft

71) Jamblich. §. 172: πρὸς τούτοις ἄλλο εἶδος δικαιοσύνης κάλλιστον κατεστήσατο, τὸ νομοθετικόν, ὃ προστάττει μέν, ἃ δεῖ ποιεῖν, ἀπαγορεύει δέ, ἃ μὴ χρὴ πράττειν, κρεῖττον δέ ἐστι καὶ τοῦ δικαστικοῦ· τὸ μὲν γὰρ τῇ ἰατρικῇ προσέοικε καὶ νοσήταντας θεραπεύει, τὸ δὲ τὴν ἀρχὴν οὐδὲ νοσεῖν, ἀλλὰ πόρρωθεν ἐπιμελεῖται τῆς ἐν τῇ ψυχῇ ὑγείας (Ad haec aliam pulcherrimam constituit justitiae speciem, legislatoriam, quae facienda quidem praecipit, fugianda vero vetat et ipso judiciali longe est praestantior: haec enim similis est medicinae, quae aegrotos curat, illa vero prorsus non aegrotare sinit, sed animae sanitati e longinquo prospicit).

72) Diogen. Laert. VIII, §. 23. Jamblich. l. c. §. 171: νόμῳ βοηθεῖν, ἀνομίᾳ πολεμεῖν. §. 175. 176.

73) Plut. de plac. phil. IV, 7, 1. Cic. de N. D. I, 11, 27. Diogen. Laert. VIII, 27. 28. Stob. Ecl. I. p. 868.

74) Cic. de N. D. I, 11, 27. cf. de Senect. 21. Diogen. Laert. VIII, 28. Stob. Ecl. I. p. 790.

75) Plut. l. c. IV, 7, 1.

76) Diogen. Laert. VIII, 26 sq.

77) Plut. l. c. IV, 3, 1.

(λογικόν) und der vernunftloſen Kraft (ἄλογον) [78]). Das λογικόν oder φρόνιμον, welches unſterblich [79]) und ſeinem Urſprunge nach der Weltſeele zu überweiſen iſt, zerfällt in zwei Theile: νοῦς und φρένες [80]), Denkkraft und Vernunft, oder in das λογικόν i. e. S. und das νοερόν [81]). Der νοῦς begründet die Verwandtſchaft aller beſeelten Geſchöpfe [82]) unter ſich und mit Gott, daher er auch den Thieren eigen iſt, die φρένες dagegen ſind den Thieren nicht verliehen. [83]).

Wenn ſich nun aus alle dem eine genetiſche, wie theilweiſe ſubſtantielle Gleichheit zwiſchen Menſchen- und Thierſeelen ergiebt, ſo wird dieſelbe bis zur Identität potenzirt durch die, ihrem Urſprunge nach wahrſcheinlich ägyptiſche Lehre von der Seelenwanderung, wonach die Seelen bis zu ihrer dereinſtigen Reinigung, welche ſie nach den oberen Regionen zu dem Weltgeiſte zurückführt, einen Kreislauf zwiſchen Leben und Tod zu durchmeſſen haben, der ſie auch in die Leiber gewiſſer Thiere führt [84]).

Dieſe Lehre, welche das pſychiſche Element im Thiere mit dem gottverwandten Menſchengeiſte generiſch identificirt, erkennt die Seele als die nämliche Individualität in ihrer ſucceſſiv-verſchiedenen Körperhülle und ſomit eine höhere pſychiſche Verwandtſchaft zwiſchen Menſch und Thier an. In nothwendiger Conſequenz führten daher jene beiden Dogmen, von der Seelenwanderung, wie von der Entſtehung und Zuſammenſetzung der Seelen, zu dem Satze, daß in der Abſtufung der ethiſchen Verhältniſſe ein Grad gegeben ſei, welcher dem Menſchen, wie dem Thiere gemeinſam und in welchem Beide auf gleicher Stufe der Empfänglichkeit ſtehen. Die Verbeſſerung der Lage und

78) Plut. l. c. IV, 4, 1. vergl. Stob. Ecl. I. p. 792.

79) Diogen. Laert. VIII, 30. cf. Plut. l. c. IV, 7, 1.

80) Diogen. Laert. VIII, 30.

81) Plut. l. c. IV. 5, 13.

82) Der Ausdruck ζῶα iſt zweideutig; bei Diogen. Laert. VIII, 30. bedeutet er die beſeelten Geſchöpfe: Menſchen und Thiere; in §. 28 die belebten Geſchöpfe, zu denen auch die Pflanzen gehören; vergl. Serv. in Virg. Georg. IV, 329.

83) Diogen. Laert. VIII, 30. Jamblich. Vit. Pyth. §. 169.

84) Diogen. Laert. VIII, 14. 28. 31. 32. Aristot. de anim. I, 3. Herodot. hist. II, 123. Stob. Ecl. I. p. 1044 sq. Senec. Epist. 108. vergl. Cic. Tusc. I, 17. Diodor. Sic. X, 6.

Stellung des Thieres in ſeiner Unterordnung unter den menſchlichen Willen war der Endpunkt, in welchen dieſe Lehre auslief; die Frage, wie weit das Herrſchaftsrecht des Menſchen gehe und welchen Gebrauch der Letztere vom Thiere zu machen habe, bildet den Schwerpunkt der practiſchen Seite jener Lehre; die Controverſe, ob das Schlachten und Verzehren der Thiere erlaubt ſei, zeigt uns die Spitze dieſer practiſchen Beſtrebungen. So ergiebt jene Lehre einen doppelten Folgeſatz: Zunächſt nämlich im Allgemeinen das Gebot, die Thiere freundlich und liebevoll zu behandeln, insbeſondere aber das Verbot ſowohl des Tödtens der Thiere, wie namentlich auch blutiger Opfer [85]). Von dieſem Verbote waren nur diejenigen Geſchöpfe ausgenommen, in deren Leib die menſchliche Seele nicht wanderte [86]), während rückſichtlich aller übrigen Thiere jenes Verbot dem wahren Morde vorbeugte:

Pythagoras omnium inter omnia cognationem esse dicebat et aliorum commercium in alias atque alias formas transeuntium. Nulla, si illi credas, anima interit, nec cessat quidem, nisi tempore exiguo, dum in aliud corpus transfunditur. Viderimus per quas temporum vices et quando pererratis pluribus domiciliis, in hominem revertatur. Interim sceleris hominibus ac parricidii metum fecit, cum possint in parentis animam inscii incurrere et ferro morsuve violare, in quo cognatus aliquis spiritus hospitaretur; Senec. Epist. 108.

Als zweite wichtige Conſequenz ergiebt jene Lehre ſodann das Dogma von der Rechtsgemeinſchaft zwiſchen Menſchen und Thieren:

Ecquid ergo primum mutis tribuemus belius? non enim mediocres viri, sed maximi et docti, Pythagoras et Empedocles, unam omnium animantium conditionem juris esse denuntiant,

85) Sext. Emp. ad v. Mathem. IX, 127 sq. Porphyr. de abstin. ab esu anim. II. Plut. de inimic. util. 9. de carn. esu I, 1, 1. II, 3, 3. de solert. anim. II, 5. Diogen. Laert. VIII, 22. 23. Jamblich. vit. Pyth. §. 168. 186. Gell. N. A. IV, 11. Ovid Metam. XV, 75 sq. 127 sq. 165 sq, Juvenal. XV, 173. Serv. in Aen. X, 564. Schol. in Juvenal. p. 557. Cram.

86) Jamblich. l. c. §. 85. 98. vergl. Diogen. Laert. VIII, 12, 13. — Daß auch die Thiere ausgenommen waren, welche dem Menſchen ſchaden, war Conſequenz des Rechtes. Nach dieſen Ausnahmen iſt zu beurtheilen Gell. N. A. IV, 11.

clamantque inexpiabiles poenas impendere iis, a quibus violatum sit animal. Scelus est igitur, nocere bestiae; quod scelus qui velit . . . . . Cic. de Rep. III, 11. Vergl. Jamblich. vit. Pyth. §. 168. 169. Plut. de carn. esn. II, 3, 2. Sext. Emp. adv. Math. IX, 130.

Dieſes Recht, das κοινὸν δίκαιον ἡμῖν ψυχῆς (Diogem. Laert. VIII, 13.) muß, geſtützt und beſchränkt auf den oben hervorgehobenen Rechtsbegriff der Widervergeltung, in der Stellung zwiſchen Menſchen und Thieren in der Weiſe maaßgebende Norm geweſen ſein, daß daraus den Thieren ein Rechtsanſpruch erwuchs auf Widervergeltung der dem Menſchen erwieſenen Wohlthaten, dem Menſchen dagegen die Befugniß, die Miſſethat des Thieres mit Gleichem zu vergelten, worauf insbeſondere auch hindeutet, daß nach Jamblich. vit. Pyth. §. 98. das Tödten ſchädlicher Thiere geſtattet war.

Dieſe pythagoräiſche Lehre von der Rechtsgemeinſchaft zwiſchen Menſchen und Thieren gewinnt nun namentlich dadurch ein höheres Intereſſe, weil ſie nicht allein einen tieferen und in höherem Maaße rationellen Urſprung dieſer Doctrin darlegt [87]), ſondern auch aus dem bedeutenden Anſehen des Pythagoras im Alterthume ſich erklärt, wie jene Lehre eine weitere Verbreitung und ſelbſt nach Jahrhunderten noch Anhänger finden konnte.

Zu ähnlichem Dogma, wie die Pythagoräer, gelangte auch Empedocles, um das Jahr 314 d. St. blühend, welcher die Lehrſätze aufſtellt, daß das mit Vernunft begabte, göttliche Weſen belebend die Welt durchdringt; daß deſſen nächſte Ausflüſſe die Dämonen ſind, und daß von dieſen ein Theil zur Strafe für Vergehungen in die Leiber der Menſchen, Thiere und Pflanzen verbannt und hier zur Wanderung verurtheilt wird, bis der Dämon nach Abbüßung ſeiner Schuld wiederum in die frühere Gemeinſchaft mit Gott tritt.

Durch dieſe Vorderſätze wird ſodann Empedocles zu den nämlichen Reſultaten [88]) geführt, wie Pythagoras: des Verbotes

87) Der Volksglauben des Alterthums ſtimmt mit den Lehren des Pythagoras vielfach überein; vergl. Plut. de carn. esu I, 7. Plin. Hist. N. VIII, 34., allein dieſe Thatſache iſt für unſeren Geſichtspunkt irrelevant.

88) Die einſchlagenden Stellen ſind zuſammengeſtellt in Empedocles ed. Sturz, Lips. 1805. p. 462 sq., wozu noch Cic. de Rep. III, 11. cit.

des Schlachtens und Verzehrens der Thiere, welches er als Mord mit den härteſten Strafen bedroht, ſowie der Annahme einer Empfänglichkeit der Thiere für das Recht, wie einer Gemeinſchaft deſſelben zwiſchen ihnen und den Menſchen. Dieſen beiden Sätzen vindicirt endlich Empedocles eine Gültigkeit bei allen Völkern, geſtützt auf die innere Kraft ihrer Wahrheit [89]).

§. 20.

Die Sophiſten. Socrates.

Mit Socrates machen ſich in der Philoſophie der Griechen mehrfache Veränderungen geltend, welche ſich für uns auf die zwei Punkte reduciren, daß zunächſt eine ſyſtematiſche Scheidung des Stoffes angebahnt wurde; ſodann daß zum Ausgangspunkte der Unterſuchungen nicht mehr die Welt, ſondern der Menſch ſelbſt genommen, daher auch der Ethik die ihr zukommende höhere Berückſichtigung gewährt ward.

Dieſen Umſchwung veranlaßten zunächſt die Sophiſten [90]). Im Allgemeinen durch weltliche Beſtrebungen, wie bei dem Mangel eines wahren wiſſenſchaftlichen, wie moraliſchen Ernſtes abgelenkt von jener eingezogenen, ſich in ſich ſelbſt verſenkenden Contemplation, die in ſorgſamem Forſchen und Prüfen die höchſten Fragen menſchlichen Wiſſens ſich aufwirft und ihre Zweifel durch Erkenntniß abſoluter Principien zu löſen anſtrebt; andrerſeits durch jene Tendenzen nothwendig darauf hingeführt, der Ethik und Politik unter den behandelten Gegenſtänden einen vornämlichen Platz anzuweiſen, da unter allen Objecten philoſophirender Speculation gerade jene Gebiete der Anſchauung des größeren Publicums am Nächſten ſich darboten; bedingt durch dieſe Vorausſetzungen geſchah es, daß die Sophiſten in mehrfältiger Erörterung die der Ethik, wie Politik anheimfallenden Fragen anregten, hierbei aber ihre mit Zuverſicht aufgeſtellten Sätze weniger durch Zurückleitung auf letzte Principien, als durch dialectiſche Künſte ſtützten, gleichzeitig aber auch der Skepſis ſich zuwendeten, da nicht allein dieſelbe den Vortheil bot, mit größerer Leichtigkeit ſich in den Augen der Menge mit

89) Aristot. Rhet. I, 13, 2.

90) Vergl. Strümpell, l. c. §. 80. 81.

dem Scheine des großen Geistes und tiefen Denkers zu umgeben, sondern auch die Dürftigkeit und Mangelhaftigkeit der Behandlung der Ethik in den damaligen Systemen solches Beginnen wesentlich unterstützen mußte. So finden wir, daß Protagoras (um 310 d. St.) — allerdings nur in Consequenz seines Principes, daß die Wahrheit von rein subjectivem Character sei und durch die particuläre Vorstellung für das Individuum begründet werde [91]) — die Realität des Unterschiedes zwischen gut und bös, wie zwischen wahr und falsch vollständig leugnete und eine derartige Verschiedenheit nur auf die individuelle Empfindung reducirte. In anderer Weise lehrte Kritias, daß Religion, wie Recht und Moral nur eine Erfindung überlegener Köpfe sei: vom Zustande der unumschränkten Willkühr und der Herrschaft des Stärkeren, als dem ursprünglichen ausgehend, ließ er die Menschen Gesetze, wie Götter lediglich um der Nützlichkeit willen setzen, daher das Recht nur als rein positive Schöpfung, und seinem Inhalte nach nur als Product wohlüberlegter Speculation erscheint. [92]).

Kallicles wiederum, den physischen Kräften eine dauernde Herrschaft vindicirend, erklärte, das durch die Natur gebotene, einzig wahre Gesetz sei das Recht des Stärkeren, während das positive Recht ein egoistisches und willkührliches Gebot der Schwächeren sei, bestimmt, diesen ihr Besitzthum zu sichern und die Kräftigeren abzuschrecken, sich größere Vortheile zu erringen, als ihnen die Schwächlicheren zugestehen. Deßhalb sei hier das Streben nach einem Mehreren für Unrecht erklärt, während das wirkliche Unrecht in Wahrheit darin bestehe, daß die Schwächlicheren vor den Kräftigeren (nämlich die Reichen vor den Armen [93])) Etwas voraus haben wollen [94]). In ähnlicher ähnlicher Weise läßt Plato, de Rep. I. p. 338. c. sq. auch den

---

91) Vergl. Strümpell, l. c. §. 83. 84.

92) Vergl. Tennemann, Gesch. der Philos. I. p. 394 sq.

93) Es ist characteristisch für Rom und Athen, daß die socialistische Frage, welche früher oder später bei jedem Volke auftauchen und deren ungenügende Lösung schließlich zum Untergange des Staates führen muß, dort innerhalb der Comitien, vornämlich in den Agrargesetzen, hier in regelloser Sophistik durch den Mund der Volksredner ihren Ausdruck fand.

94) Vergl. Tennemann, l. c. I. p. 399 sq.

Thraſymachus den Satz vertheidigen: Recht iſt, was dem Mächtigeren nützt.

Dieſen Lehren der Sophiſten trat Socrates, geb. 285, geſt. 354 d. St., mit Entſchloſſenheit und Muth entgegen, nicht als Lehrer der Philoſophie, ſondern als Lehrer der ethiſchen Gebote ſelbſt und als Erzieher ſeiner Mitbürger, beſtrebt, durch Belebung und Entwickelung eines religiöſen und moraliſchen Sinnes zu wirken. Aus den Ueberlieferungen ſeiner Lehren ergiebt ſich indeß folgende Theorie:

Der Inbegriff des Guten und Rechten iſt das καλὸν καὶ ἀγαθόν [95]), welches iſt die Summe der Gebote der Götter und ſomit der Inbegriff des oberſten ethiſchen Geſetzes. Der Zuſtand des Innehabens dieſes καλὸν κἀγαθόν iſt die Weisheit (σοφία) oder der geſunde Sinn (σωφροσύνη), ſonach ein moraliſches Wiſſen, welches als Inbegriff aller Tugenden erſcheint [96]). Dieſe Weisheit iſt die nothwendige Vorbedingung des Rechtthuens (εὐπραξία) d. h. der Uebereinſtimmung der Handlungen mit dem καλὸν κἀγαθόν [97]) und dieſes Rechtthuen ſelbſt hat wiederum zur Folge die Glückſeligkeit (εὐδαιμονία), welche das höchſte Gut des Menſchen bildet und das letzte Ziel ſeines Strebens ſein ſoll [98]).

Jenes moraliſche Wiſſen umfaßt nun drei Tugenden: die Enthaltſamkeit (ἐγκρατεία) d. i. die Beherrſchung der Begierden und Leidenſchaften [99]), die Tapferkeit (ἀνδρεία) [100]) und die Gerechtigkeit (δικαιοσύνη) [101]), deren jede ſonach eine beſondere Richtung des moraliſchen Wiſſens und eine beſtimmte Beziehung des Menſchen zum καλὸν κἀγαθόν repräſentirt. Die Gerechtigkeit insbeſondere beſteht in Beobachtung der Geſetze, daher bei ihr

95) Dieſer Ausdruck ſcheint mit Socrates zuerſt als techniſcher in den Kreis der philoſophiſchen Wiſſenſchaften zu treten, und ſpielt von nun an die wichtigſte Rolle in demſelben. Die Römer überſetzen ihn theils durch honestum, theils durch aequum et bonum.

96) Xenoph. Mem. III, 9, 5 sq. IV, 5, 6. 7. 6, 7—9. Arist. Eth. Nic. I, 6, 3. Vergl. Mor. Eudaem. I, 5, 15. Magn. Mor. I, 1, 7. 35, 25.

97) Xen. l. c. III, 9, 14. 15.

98) Xen. l. c. I, 6, 10. IV, 2, 34. 35.

99) Xen. l. c. I, 5. IV, 5.

100) Xen. l. c. III, 9, 1—4. IV, 6, 10. 11.

101) Xen. l. c. IV, 4.

das καλὸν κἀγαθόν zum Geſetzmäßen, νόμιμον wird, welches zugleich das Rechte, δίκαιον iſt [102]).

Dieſe Geſetze ſelbſt aber ſind doppelter Beſchaffenheit, theils geſchriebene, theils ungeſchriebene [103]).

Die geſchriebenen Geſetze (νόμοι πόλεως) ſind von der Bürgerſchaft abgefaßt als Vorſchrift des zu Thuenden und zu Unterlaſſenden:

ἃ οἱ πολῖται συνθέμενοι ἅ τε δεῖ ποιεῖν καὶ ὧν ἀπέχεσθαι ἐγράψαντο (quae cives conscripserunt, statuentes quae facere et a quibus abstinere oporteat), Xen. Mem. IV, 4, 13.

Dieſen Geſetzen, wenn gleich ſie der Veränderung unterliegen, iſt doch Gehorſam zu zollen, ja auf ihrer Beobachtung beruht die innere Wohlfahrt, wie die Stärke des Staates nach Außen, und das Wohlergehen des Einzelnen [104]).

Die ungeſchriebenen Geſetze (ἄγραφοι νόμοι) dagegen werden characteriſirt als die allerorts gleichmäßig beobachteten:

τοὺς ἐν πάσῃ χώρᾳ κατὰ ταὐτὰ νομιζομένους (quae ubivis locorum peraeque servantur), Xen. Mem. IV, 4, 19.

und rückſichtlich ihrer läßt ſich eine Erfindung durch die Menſchen nicht annehmen, da die geſammte Menſchheit weder ſich vereinigen konnte, noch eine gemeinſame Sprache kennt; vielmehr ſind dieſe Geſetze von den Göttern ſelbſt den Menſchen gegeben:

Ἐγὼ μέν, ἔφη, θεοὺς οἶμαι τοὺς νόμους τούτους τοῖς ἀνθρώποις θεῖναι (equidem, ait, has leges hominibus dedisse deos existimo), Xen. l. c.

und es gehört zu ihnen: das Gebot, die Götter zu verehren, den Eltern Ehrfurcht zu erweiſen, Wohlthat mit Wohlthat zu vergelten, wie das Verbot der fleiſchlichen Vermiſchung zwiſchen

---

102) Xen. l. c. IV, 4, 12. 18. 25.: τὸ νόμιμον δίκαιον εἶναι vergl. IV, 6, 1—6. Somit iſt das δίκαιον nur ein Theil des καλὸν κἀγαθόν, wie dies Xenophon öfter bezeugt, ſo Mem. III, 9, 5. Nur ein beſonderer Theil des δίκαιον iſt das νόμιμον περὶ τοὺς θεούς, daher die εὐσεβεία nicht eine beſondere Tugend, ſondern nur eine beſtimmte Beziehung der δικαιοσύνη bildet, vergl. Xen. l. c. IV, 6, 2—4.

103) Xenoph. l. c. IV, 4, 1. sq.

104) Xen. l. c. IV, 4, 14. sq.

Eltern und Kindern. Den Frevler an solchem Gesetz treffen unabwendbare irdische Strafen [105]).

Die ungeschriebenen Gesetze bilden einen Gegenstand der Erkenntniß für den Menschen und diese Erkenntniß, daher auch die auf dieselbe sich stützende Befolgung vermittelt der Verstand [106]).

§. 21.

Cyrenaiker, Skeptiker, Cyniker, Megariker.

Die von den Zuhörern des Socrates ausgehenden Schulen wichen bezüglich der Rechtslehre nach doppelter Richtung von der Lehre des Ersteren, wie unter sich selbst ab.

Die Cyrenaiker, gestiftet von Aristippus von Cyrene, der um das Jahr 374 d. St. blühte, gehen aus von dem Satze, daß die angenehme theils körperliche, theils psychische Affection (ἡδονή) das höchste Lebensziel (τέλος) und wahre Gut (ἀγαθόν) des Menschen sei. Demzufolge mußte ihnen die Tugend zu einem der ἡδονή entsprechenden Verhalten sich gestalten, die σοφία aber verwandelte sich in einen Zustand des Innehabens der ἡδονή, während ἐγκρατεία und ἀνδρεία lediglich die besonderen Beziehungen des Strebens nach Erreichung angenehmer und der Abwendung unangenehmer Affectionen repräsentiren. Dagegen die δικαιοσύνη tritt aus dem Kreise der Tugenden nothwendiger Weise gänzlich heraus [107]), und behält fortan lediglich einen rein negativen ethischen Werth, als Präservativ gegen die unangenehme Affection. Wenn daher Aristipp in der That die Nothwendigkeit der Befolgung der Gesetze anerkennt, so beruht dies einzig und allein darauf, daß Strafen, wie der Tadel der öffentlichen Meinung die Gesetzesübertretung bedrohen [108]), beide aber die ἡδονή beeinträchtigen. Daher ist die Nothwendigkeit der Befolgung der Gesetze einzig

105) Xen. l. c. IV, 4, 20 sq.

106) Xen. l. c. IV, 4, 9 und I, 4, 8. 9. 17.

107) Cic. de off. III, 33, 116. 118.

108) Diogen. Laert. II, 93. Wenn Theodorus die Gerechtigkeit dem Guten selbst beirechnete, Diogen. Laert. II, 98., so läßt sich dieser Ausspruch nur dadurch und nur insoweit rechtfertigen, als die Gerechtigkeit den πόνος abwendet.

und allein durch dieſe Vorausſetzung bedingt, und ſobald Strafen und Tadel nicht zu befürchten ſtehen, fällt jene Nothwendigkeit von ſelbſt hinweg und der Menſch wird dann lediglich durch die Rückſicht auf die ἡδονή beſtimmt. Daher kann das Recht auch nicht auf einem Gebote der φύσις beruhen und die ſcheinbar aus derſelben hervorgehenden Gebote können ſich lediglich auf die Meinung der Menſchen gründen; vielmehr ſtützt ſich das Recht einzig und allein auf menſchliche Satzung, daher es auch ſteter Veränderung unterworfen und für den σοφός völlig entbehrlich iſt:

μηδέν τε εἶναι φύσει δίκαιον ἢ καλὸν ἢ αἰσχρόν, ἀλλα νόμῳ καὶ ἔθει. Ὁ μέντοι σπουδαῖος οὐδὲν ἄτοπον πράξει διὰ τὰς ἐπικειμένας ζημίας καὶ δόξας (Nihil natura justum esse aut honestum aut turpe, sed lege et consuetudine. Vir tamen bonus nihil agit perperam ob poenas propositas opinionesve hominum). Aristipp. bei Diogen. Laert. II, 93.

κλέψειν τε καὶ μοιχεύσειν καὶ ἱεροσυλήσειν ἐν καιρῷ· μηδὲν γὰρ τούτων φύσει αἰσχρὸν εἶναι, τῆς ἐπ' αὐτοῖς δόξης αἱρομένης, ἢ σύγκειται ἕνεκα τῆς τῶν ἀφρόνων συνόχης (furto quoque et adulterio et sacrilegio, quum tempestivum erit, usurum; nihil enim horum natura turpe esse, si tollatur vulgaris de iis opinio, quae ad compescendos stolidos constitit). Theodorus bei Diogen. Laert. II, 99.

ἐὰν πάντες οἱ νόμοι ἀναιρεθῶσιν, ὁμοίως βιωσόμεθα (si omnes leges tollentur, eodem quo nunc modo vivemus). Aristipp. bei Diogen. Laert. II, 68.

Zu weniger extremen Sätzen gelangten die älteren **Skeptiker**, geſtiftet durch Pyrrho von Elis, geb. um 378, geſt. um 466 d. St. Geſtützt einerſeits auf den Satz, daß das honeste vivere, Sittlichkeit und Tugend das höchſte, aber auch das einzige Gut des Menſchen ſei [109]), andrerſeits die Sicherheit der menſchlichen Erkenntniß und damit die Brauchbarkeit aller wiſſenſchaftlichen Theorie negirend, erkannten die Skeptiker die Exiſtenz eines über rein ſubjective Anſchauung ſich erhebenden ſittlichen und rechtlichen Begriffes zwar an, leugneten aber, daß dieſer Begriff auf ein über menſchliche Einrichtung erha-

109) Cic. de fin. II, 13. IV, 16. Sext. Emp. adv. Math. XI, 20.

benes, überſinnliches und höheres Geſetz ſich ſtütze, daher ſie alle Forſchung nach einem ſolchen verwarfen [110]). Vielmehr führten ſie das καλὸν καὶ δίκαιον ausſchließlich auf poſitive Satzung und Gewohnheit, als ſeine alleinige Grundlage zurück: (πύῤῥων) οὐδὲν ἔφασκεν οὔτε καλὸν οὔτ' αἰσχρὸν οὔτε δίκαιον οὔτ' ἄδικον. καὶ ὁμοίως ἐπὶ πάντων μηδὲν εἶναι τῇ ἀληθείᾳ, νόμῳ δὲ καὶ ἔθει πάντα τοὺς ἀνθρώπους πράττειν. οὐ γὰρ μᾶλλον τόδε ἢ τόδε εἶναι ἕκαστον (Pyrrho negabat quicquam honestum esse aut turpe, justum aut injustum; eadem ratione et in omnibus nihil vere esse, sed lege et consuetudine cuncta homines facere; neque enim esse quidquam istud potius quam illud).

Als Rechtfertigungsgrund bezogen ſich die Skeptiker auf die Verſchiedenheit der Sitten und Geſetze, wie Inſtitutionen bei den verſchiedenen Nationen [111]).

Das entgegenſtehende Dogma vertreten die Cyniker, geſtiftet von Antiſthenes aus Athen, der um das J. 374 d. St. blühte. Doctrin, wie Leben auf den Satz ſtützend, daß die Tugend das einzige Gut des Menſchen und die alleinige Vorbedingung der Glückſeligkeit, daher ebenſowohl das einzige Wiſſenswerthe für den Menſchen, als auch deſſen geſammte Lebensthätigkeit auszufüllen berufen ſei [112]), erklären die Cyniker die Tugend als das der Vollkommenheit entſprechende Verhalten und zwar, da der Inbegriff der Vollkommenheit, Gott, ohne alles Bedürfniß, derjenige daher, welcher möglichſt wenige Bedürfniſſe hat, Gott am Aehnlichſten, ſomit am Vollkommenſten iſt [113]), für das möglichſt einfache Leben [114]), welches zugleich der Natur am Vollkommenſten entſpreche.

Dieſe einſeitige Auffaſſung der Ethik geht hervor aus einem Ignoriren der phyſiſchen Natur, wie des äſthetiſchen Gefühles: ſie reducirt ebenſowohl die Anſprüche der Erſteren auf ein Mi-

110) Sext. Emp. adv. Math. VII, 30. Diogen. Laert. IX, 105.

111) Diogen. Laert. IX, 83. Sext. Emp. hyp. Pyrrh. I, 145. sq. §. 161. sq. cf. Arist. Eth. Nic. V, 7, 2.

112) Diogen. Laert. VI, 11. 104.

113) Diogen. Laert. VI, 105.

114) Diogen. Laert. VI, 11. 105. Julian orat. 6.

nimum, wie ſie das Letztere ertödtet. In unmittelbarer Beziehung hiermit ſteht, daß die Cyniker die Nothwendigkeit und Bedeutung des Staates für den Menſchen leugnen; denn wenn ſie zwar den Menſchen für ein zur Geſelligkeit und Gemeinſchaft geborenes Weſen erklären, ſo faſſen ſie doch als ſolches Gemeinweſen nicht den Staat, ſondern die Welt, als den Inbegriff der geſammten Menſchheit auf [115]).

Dieſe geſammte Anſchauungsweiſe mußte nun bezüglich des Rechtes, als eines Theiles des καλὸν καὶ ἀγαθόν nothwendig zu der beſchränkten Begriffsbeſtimmung hinführen, daß in Wahrheit Recht nur die Norm ſei, welche der höchſten Einfachheit im Leben entſpricht, ſowie daß das poſitive Geſetz des Staates Recht nicht conſtituire, vielmehr nur den Anforderungen der Tugend dieſer Character inwohne:

τὸν σοφὸν οὐ κατὰ τοὺς κειμένους νόμους πολιτεύεσθαι, ἀλλὰ κατὸ τῆς ἀρετῆς (sapientem non secundum constitutas leges in republica versari, sed juxta virtutis normam). Diogen. Laert. VI, 11.

Daher werden die gegebenen Rechtsinſtitute nur nach Maaßgabe des natürlichen Bedürfniſſes aufgefaßt, ſo die Ehe nur nach dem Zwecke der Kindererzeugung anerkannt [116]), und daher verachtet auch der Gerechte das Geld [117]).

Die Megariker, kurz nach Socrates Tode von Euclides von Megara geſtiftet, ſtellen in der Ethik den Satz an die Spitze: Es iſt nur Ein Gutes, mag es Klugheit, Gott, Verſtand oder anders genannt werden [118]). Dieſes Gute iſt ein gleiches, unveränderliches, ewiges, und nur was dieſen Character an ſich trägt, iſt gut [119]).

Die Anwendung dieſes Grundſatzes auf das Recht iſt uns nicht überliefert, muß aber die Megariker conſequenter Weiſe zu ähnlichem Satze, wie die Cyniker, geführt haben, daß das Recht nur ein abſolutes und höchſtes, ewiges, einiges und all-

115) Demetrius bei Seneca de Benef. VII, 1.

116) Diogen. Laert. VI, 11.

117) Diogen. Laert. VI, 28.

118) Diogen. Laert. II, 106.

119) Cic. Academ. II, 42.

gemeines ſei und in der Vernunft ſein Vehikel habe, daß dagegen das poſitive Geſetz an und für ſich Recht nicht ſei.

§. 22.

Plato.

Den Schwerpunkt der Philoſophie des Plato (geb. 324., geſt. 405 v. St.) bildet die Lehre von den abſoluten Qualitäten: von den Ideen.

Die Idee des Plato iſt das real gedachte Object des Begriffes. Daher iſt ſie ein Allgemeines und Einheitliches: ſie iſt weder die concrete Vorſtellung vom Dinge, noch das Ding ſelbſt, vielmehr beſteht ſie ſowohl in einer Allgemeinheit, wie auch, gegenüber der Vielheit der in ihre Sphäre fallenden Objecte, in einer Einheitlichkeit, die dieſer doppelten Eigenſchaft des logiſchen Begriffes entſpricht. Daher iſt ſie ferner ein Wirkliches und Seiendes: ſie iſt weder logiſcher, noch real nur gedachter Begriff, ſondern ſie iſt, wenn auch ohne ſinnlich wahrnehmbar zu ſein, doch in der Geſammtheit der Dinge ſelbſt vollkommen gegenſtändlich und wirklich, während ſie im einzelnen Dinge nur unvollkommen ſich abſpiegelt. Daher wird ſie endlich nicht durch Abſtraction aus der Erfahrung, ſondern vermittelſt eines lediglich intellectuellen Actes des reinen Denkens unmittelbar durch den logiſchen Begriff dem Menſchen zur Erkenntniß geführt. Denn der Begriff, das Bild von der Idee liegt der Seele des Menſchen als einverleibte Wahrheit von Born herein inne, nur verdunkelt und in latentem und gebundenem Zuſtande, bis es erhellt und zum Wiſſen geführt wird durch ein erinnerndes Beſinnen, zu welchem der Menſch ſich erhebt durch ein Vertiefen der Seele in ſich ſelbſt.

Die oberſte aller gegebenen Ideen und deren erhabenſte und höchſte iſt das Gute, das ἀγαθόν, welches ebenſowohl Inbegriff der abſoluten Schönheit (κάλλος), Ebenmäßigkeit (συμμετρία) und Wahrheit (ἀληθεία), wie Gottes ſelbſt iſt[120]). Demgemäß iſt dieſe Idee ebenſowohl Urheber der Welt, wie die Fülle und Vollendung ethiſcher Vollkommenheit, daher das ἀγαθόν beſtimmendes Motiv und höchſter Zweck des menſch-

120) Vergl. Strümpell, l. c. §. 88 fg.

lichen Wollens und Handelns, und somit gleichmäßig ethisches Gesetz, wie letztes Ziel ist.

Die Summe der ethischen Gebote liegt somit in der Anforderung, Aehnlichkeit mit Gott anzustreben: ὁμοίωσις θεῷ κατὰ τὸ δυνατόν [121]), und den Weg hierzu bildet die Tugend, welche, als Attribut des Menschen sowohl, wie des Staates aufgefaßt, das der psychischen Organisation des Menschen oder beziehentlich das der normalen Construction des Staates entsprechende Verhalten ist, und welche je nach ihrer verschiedenen Richtung sich in vierfältiger Kundgebung offenbart: als Weisheit (φρόνησις oder σοφία), als Tapferkeit (ἀνδρεία), als Mäßigung (σωφροσύνη) und Gerechtigkeit (δικαιοσύνη).

Diese vierfältige Richtung der Tugend ist gegeben durch die Organisation der ψυχή einerseits, wie des nach dem Vorbilde der Idee construirten normalen Staates andrerseits; denn gleichwie die ψυχή drei Grundtheile nebst den denselben entsprechenden Kräften umfaßt: das λογιστικόν, als das vernünftige und intellectuelle, wie auch unsterbliche Element; das θυμικόν, als die muthvoll, wie überhaupt zum Affecte anregende Grundkraft, und das ἐπιθυμητικόν, als das die sinnliche Begierde und Lust wie Unlust erzeugende Vermögen [122]); so beruht auch der normale Staat auf drei entsprechenden Grundtheilen: den Regierenden, ἄρχοντες, dem βουλευτικὸν γένος, als dem λογιστικόν des Staates, den Kriegern, στρατιῶται, dem ἐπικουρικὸν γένος, als dem θυμικόν, und den Gewerbtreibenden, den γεωργοὶ καὶ δημιουργοί, dem χρηματιστικὸν γένος, als dem ἐπιθυμητικόν [123]). Und gleichwie der λόγος, das gesammte moralische Wissen und die Erkenntniß des ἀγαθον gebend, zur φρονήσις führt und in dieser zum Mittel aller Tugenden und zu deren Grundlage sich erhebt; gleichwie ferner der λόγος den θυμὸς und die ἐπιθυμία zügelnd regelt und zur ἀνδρεία und σωφροσύνη veredelt; gleichwie endlich die δικαιοσύνη das naturgemäße und richtige gegenseitige Verhalten des λόγος und

121) Theaetet. p. 176. b. Steph. Vergl. de Rep. I. p. 352. a. sq. II. p. 359. a. b. Phaedon. p. 278. d.

122) Tim. p. 69. c. — 71. de Rep. IV. 436. a. sq.

123) de Rep. II. p. 373. sq. III. sq.

θυμός und der ἐπιθυμία feſtſtellt, und ſo das Ebenmaaß der geiſtigen Kräfte vermittelt; ſo beruht auch im normal conſtruirten Staate die φρονήσις πολιτική auf den ἄρχοντες, und vermittelt die ἀνδρεία und σωφροσύνη des Staates, indem ſie den θυμός der Krieger und die ἐπιθυμία aller Grundtheile regelt und veredelt, während die δικαιοσύνη πολιτική das gegenſeitige Verhältniß aller drei Stände abwägt und feſthält, und ſomit Gleichklang und Wohllaut im Staatsleben ſchafft[124]). Und gleichwie endlich die individuelle Tugend, wie die Erkenntniß der Idee überhaupt nur dem φιλόσοφος zugängig iſt[125]), ſo ſollen und müſſen auch im normalen Staate die Herrſcher Philoſophen ſein[126]).

Die Norm nun, nach welcher die δικαιοσύνη ſich regelt, iſt der νόμος, das Rechtsgeſetz[127]), und dieſem wiederum kömmt eine zwiefältige Exiſtenz zu: als Idee, wie als concrete Erſcheinungsform.

Als Idee, als νόμος κατ' αὐτό oder als τὸ ὄν des νόμος[128]) iſt der Letztere das begrifflich allgemeine und einige Rechtsgeſetz, abſolut, ewig und vollendet wahr[129]). So iſt der νόμος κατ' αὐτό nicht allein Vorbild und Ideal des concreten Geſetzes, ſondern beruht auch in wahrer und wirklicher Exiſtenz.

---

124) Defin. p. 411. d. — 412. a. Phaedon 68. c. sq. 69. b. de Rep. III. 412. c. IV. 427. c. — 445. VII. 518. e. X. 603. e. sq. de Leg. I. 631. c. sq. 633. c. sq. IV. 710. a. sq. XII. 963. a. sq. Gorg. 504. b. sq. Polit. 306. e. sq. Laches 192. b. sq. Meno. 88. b, c. Alcib. II. 140. d. e. 144. d. sq. Vergl. Diogen. Laert. III. §. 90. 91. Cic. de Rep. II, 42.

125) Phaedon p. 68. 69. de Rep. VI. 485. sq. de Leg. III. 688. b.

126) de Rep. VI. 487. a. sq.

127) Zwar iſt νόμος der Inbegriff der Regeln einer jeden Kunſt und Wiſſenſchaft, wie der Medicin u. a., worüber vergl. z. B. Minos p. 316. d. sq. 317. d. sq.; allein in einem vornämlichen Sinne, den allein wir im Auge behalten, wird der νόμος als Rechtsgeſetz aufgefaßt; ſo z. B. Min. 314. d. Gorg. 504. d. Hierauf beruhen auch die Definitionen: δίκαιον, νόμου τάγμα, Defin. 414. e.; ἀδικία, ἕξις ὑπεροπτικὴ νόμων, Defin. 416. a.; δικαιοσύνη, ἕξις ἐν βίῳ, νόμου ὑπήκοος. ἕξις ὑπηρετικὴ ὀρθῶν νόμων, Defin. 411. e.

128) Min. p. 313. a. 315. a. fin. Diogen. Laert. III, 79. nennt es: θεοῦ νόμος.

129) Min. p. 313. a. b.

Allein der Ausprägung in ſinnlich wahrnehmbarer Erſcheinungsform ermangelt er, daher er nirgends und zu keiner Zeit Geſetz der Menſchen oder Staaten iſt, ſondern höchſtens in ſchwachem und getrübtem Wiederſcheine in ſolchem concreten Geſetze ſich abſpiegeln kann.

Dagegen das concrete Rechtsgeſetz iſt ein doppeltes: ein pſychiſches und ein politiſches Geſetz, wovon das Erſtere die Norm iſt, nach welcher der Menſch das gegenſeitige Verhältniß der Grundtheile ſeiner Seele bei deren organiſationsmäßigem Verhalten regelt, den einzelnen Vermögen der ψυχή die Gränze ihrer normalen Kraftentfaltung und organiſchen Thätigkeit vorſchreibt und ſomit den geordneten Zuſtand der Seele, die τάξις begründet[130]).

Das politiſche Geſetz hinwiederum, τὰ νομιζόμενα, τὰ δόγματα καὶ ψηφίσματα, δόγμα πόλεως, δόξα πολιτική, πολιτικὰ συγγράμματα und ähnlich benannt[131]), iſt entſprechender Maaßen die Norm, nach welcher die organiſche Thätigkeit und das berufsmäßige Wirken der drei Stände im normalen Staate ſich abgränzt und zu einmüthigem Handeln ſich regelt, indem Uebereinſtimmung in das Zuſammenwirken jener gebracht und alle gegenſeitige Störung fern gehalten wird. So erſcheint dieſes Geſetz als ein alle Bürger des Staates gemeinſam und gleichmäßig umſchlingendes Band, welches die Vielheit der Menſchen zu letzter organiſcher Einheit verknüpft und in dem Streite der Leidenſchaften und widerſtrebenden Intereſſen als ſchlichtende Macht eine friedliche Löſung herbeiführt; es erſcheint als der mächtigſte Hebel, welcher den Menſchen von der niedrigen Stufe thieriſcher Zuſtände emporhebt, indem es jenen dem Gebote der Vernunft ſelbſt unterordnet[132]); als die Regel endlich, welche die letzten Zwecke des Staates, die wahre Frei-

130) Gorg. p. 504. d.

131) Minos p. 313. b. sq. de Leg. I. 644. d. u. ö.

132) de Rep. II. p. 369. c. de Leg. I. 644. d. e. IV. 712. c. — 715. b. V. 731. d. sq. IX. 874. e. — 875. e. Polit. 310. a. Vergl. Defin. 415. c.: πόλις, οἴκησις πλήθους ἀνθρώπων κοινοῖς δόγμασι χρωμένων· πλῆθος ἀνθρώπων ὑπὸ νόμον τὸν αὐτὸν ὄντων (civitas, domicilium multitudinis hominum conmunibus decretis utentium; multitudo hominum, qui sub eadem sunt lege.)

heit, wie die Einigkeit und Freundſchaft der Bürger vermittelt: die wahre Freiheit, weil das Geſetz auch über die Regierenden ſelbſt herrſcht, während dieſe wiederum den Unterthanen gebieten[133]); die Einigkeit und Freundſchaft der Bürger, weil in dem normalen Staate alle Intereſſen die nämlichen, und die Güter, wie die Weiber und Kinder gemeinſam ſind[134]).

Indem nun das politiſche Geſetz in der bisher gegebenen Auffaſſung in eine innere Verbindung mit dem normalen Staate geſetzt wird, gewinnt es in dieſer Beziehung jene eigenthümliche Stellung, welche dem normalen Staate ſelbſt zukömmt. Denn gleich wie der Letztere ein nach dem Vorbilde der entſprechenden Idee gezeichnetes Muſterbild iſt, welches, ohne ſelbſt reine Idee zu ſein, der Verwirklichung im practiſchen Leben fähig iſt; ſo ſteht auch jener νόμος πόλεως mitten inne zwiſchen dem Gebiete der Ideen und der empiriſchen Erſcheinungsformen. Einerſeits verwandt mit der Idee, als deren Nachbildung, und vermittelt durch die Erkenntniß und Auffindung jener, die τοῦ ὄντος ἐξεύρεσις[135]), iſt jener νόμος Product der moraliſch politiſchen Weisheit und Inbegriff der πολιτικὰ βασιλέων τε καὶ ἀνδρῶν ἀγαθῶν συγγράμματα, da nur der moraliſch weiſe Fürſt und Bürger, als der der Regierung Kundige (οἱ ἐπιστάμενοι ἄρχειν πόλεων) den νόμος als Idee zu erkennen vermag und deſſen Nachbildung ſchafft und verwirklicht. Andrerſeits dagegen ohne Weſengleichheit mit der Idee, iſt jener νόμος vielmehr der Verwirklichung im ſtaatlichen Leben fähig, ja in größerer oder geringerer Vollſtändigkeit bereits realiſirt in denjenigen politiſchen Geſetzen, welche bei allen Völkern gleichmäßig und unwandelbar als die nämlichen gelten. Daher iſt jener νόμος in der That nicht die Idee ſelbſt, ſondern er iſt einerſeits lediglich ein nach dem Vorbilde der erkannten Idee geſchaffenes Muſterbild des politiſchen Geſetzes, andrerſeits aber auch ein ſchon verwirklichtes Gebot dieſes Normalgeſetzes; allein

133) de Leg. IV. p. 715. c. sq.

134) de Leg. l. p. 644. a. III. 693. b. sq. V. 739. c. sq. de Rep. V. 462. a. sq.

135) Min. p. 315. a.; τοῦ ὄντος ἐξεύρεσις iſt die ἐξεύρεσις des τί ἐστι oder des τὸ ον des νόμος.

immerhin iſt er eine goldene und heilige Gabe der Vernunft, eine gute und wahre Satzung, ein Gebot des ὀρθός[136]).

Allein neben dieſen Geboten des normalen νόμος finden ſich in den Geſetzgebungen der Staaten auch Elemente vor, welche jenem vollſtändig fremd und heterogen erſcheinen. Dies ſind vor Allem diejenigen Satzungen, welche, von Unerfahrenen conſtituirt, an ſich ſchlecht und unwahr, πονηρὰ δόξα, ſind; derartige Normen, indem ſie der Idee ſelbſt widerſtreiten, oder insbeſondere nicht den Vortheil der Geſammtheit bezwecken, ſind in Wahrheit gar keine νόμοι, ſondern lediglich ein ἄνομον, welches einer ſteten Veränderung unterliegt und aller verbindlichen Kraft entbehrt[137]). Anderntheils gehören hierher aber auch diejenigen legislatoriſchen Satzungen, welche ein der Sphäre des normalen νόμος völlig fremdartiges Gebiet betreten, indem ſie ihrer Herrſchaft Geſchäfts- und Verkehrsverhältniſſe, wie andere Beziehungen des bürgerlichen Lebens unterordnen, die einer ſteten Umgeſtaltung und raſtloſem Wechſel unterliegen. Denn nicht allein widerſtreben derartige Verhältniſſe um ihrer ſchwankenden und unſteten Geſtaltung willen der Normirung durch eine einheitliche und gemeinſame, abſtracte und unwandelbare legislatoriſche Sanction; ſondern es iſt auch in dieſer Beziehung jeder νόμος zwecklos, weil im normalen Staate theils ein Jeder die ordnende Regel für jene Verhältniſſe ſelbſt auffindet und ohne Geſetz beobachtet, theils ſolche Regeln aus den zu normirenden Verkehrsverhältniſſen ganz von ſelbſt und ohne Weiteres hervorgehen, in dem nicht normalen Staate dagegen jene Satzungen wiederum ohne Nutzen und Erfolg bleiben. Daher ſind jene Verhältniſſe nicht durch den νόμος zu regeln, der in dieſer Beziehung einer ſteten Umänderung und Erneuerung unterliegen und bei den verſchiedenen Nationen ungleichmäßig und verſchieden ſein muß; vielmehr würde, wenn die Regenten immer frei von Fehlern und Schwächen wären, die Regelung jener Verhältniſſe lediglich der ἐπιστήμη, der Wiſſenſchaft des Herrſchers anheimzugeben ſein. Da dies jedoch wegen der menſchlichen

136) Min. p. 314. e. 315. a. e. sq. 317. a—e. (χρηστὴ, ἀληθὴς δόξα); de Leg. I. 644. e. (τοῦ λογισμοῦ ἀγωγὴ χρυσῆ καὶ ἱερά).

137) Min. p. 314. e. 315. a. 317. b. c. de Leg. IV. 715. b.

Unvollkommenheit zu Unzuſtändigkeiten führen würde, ſo ſind dieſe Verhältniſſe wenigſtens der ordnenden Macht der ἔθη, der Sitte und Gewohnheit allein zu überlaſſen, immerhin aber dem νόμος, der geſchriebenen Satzung zu entziehen[138]).

§. 23.

Fortſetzung.

(Plato.)

Gleichwie die δικαιοσύνη das dem Rechtsgeſetze, dem νόμος entſprechende Verhalten iſt, ſo bildet das δίκαιον oder δίκαιον καὶ καλόν diejenige Richtung des ἀγαθόν, welche durch jenen νόμος insbeſondere geboten iſt. Somit erſcheint bei Plato die Auffaſſung des δίκαιον, wie der δικαιοσύνη ſtreng bedingt durch den Begriff des νόμος, als des Rechtsgeſetzes, und in der nämlichen doppelten Modalität, in welcher der Letztere der Wahrnehmung ſich darbot: als Idee und als concrete Erſcheinungsform, wird auch das δίκαιον, wie die δικαιοσύνη ebenſowohl als Idee, als αὐτὸ καθ' αὑτό, als τί ἐστι[139]), wie als ein Beſonderes, dem concreten νόμος Entſprechendes gedacht. Und gleichwie ferner dieſer concrete νόμος wiederum ein doppelter war: als pſychiſches Geſetz des Menſchen, wie als politiſches Geſetz des Staates, ſo entſpricht auch dieſem zwiefältigen Geſetze eine doppelte δικαιοσύνη, wie δίκαιον: die pſychologiſche des einzelnen Menſchen, die politiſche des Staates[140]). In der erſteren Be-

---

138) de Rep. IV. p. 425—427. a. Polit. 294—301. Der νόμος iſt dem Plato die scripta lex, daher ſolcher auch umſchrieben wird durch: λόγῳ τε καὶ γράμμασι νομοθετηθέντα; durch γράμματα, γεγραμμένα, ξυγγράμματα; den Gegenſatz dazu bilden die ἔθη, auch πάτρια ἔθη, παλαιὰ ἔθη, τὰ πάτρια genannt, welche als ἀγράμματα, ἄγραφα, ἄγραφα νόμιμα charakteriſirt werden; vergl. Polit. 293. a. c. 295. a. e. 296. c. e. 298. d. 299 a. c. 300. b. 301. a. b. e. de Rep. IV. 425. b. de Leg. VII. 793. a. c. Wenn daher zur Bezeichnung jenes Gegenſatzes in de Rep. VIII. p. 563 d. (Vergl. Diogen. Laert. III §. 86.) die Ausdrücke: νόμοι γεγραμμένοι und ἄγραφοι ſich vorfinden, ſo iſt ebenſowohl νόμος in der Verbindung mit ἄγραφος nach platoniſcher Auffaſſung nur im uneigentlichen Sinne gebraucht, wie auch dieſer Gegenſatz lediglich nach ſeiner grammaticaliſchen Bedeutung aufzufaſſen iſt.

139) de Rep. II. p. 358. d. 368. e. 369. a.

140) Vergl. namentl. de Rep. II. p. 368. c.

ziehung iſt das δίκαιον die Norm, nach welcher das gegenſeitige Verhalten der drei Grundtheile der Seele geordnet und zu harmoniſcher Uebereinſtimmung die organiſche Thätigkeit und die normale Kraftentfaltung jener Theile geregelt wird, während die δικαιοσύνη das dieſer Regel entſprechende Verhalten iſt:

δικαιοσύνη, ὁμόνια τῆς ψυχῆς πρὸς αὑτὴν καὶ εὐταξία τῶν τῆς ψυχῆς μερῶν πρὸς ἄλληλά τε καὶ περὶ ἄλληλα (justitia animi in se ipso concordia et in ipsius animi partibus inter se et secum ordinis conservatio); Defin. p. 411 d.

τὸ δικαιοσύνην ἐμποιεῖν, τὰ ἐν τῇ ψυχῇ κατὰ φύσιν καθιστάναι, κρατεῖν τε καὶ κρατεῖσθαι ὑπ' ἀλλήλων· τὸ δὲ ἀδικίαν, παρὰ φύσιν ἄρχειν τε καὶ ἄρχεσθαι ἄλλο ὑπ' ἄλλου (justitiam praestare: animi partes secundum naturam in ordinem digerere, ut imperent atque invicem pareant; injustitiam vero, ut contra naturam aliud alii imperet atque pareat); de Rep. IV. p. 444. d. Vergl. de Leg. IX. p. 863. e. — 864. c.

Dagegen in Bezug auf den Staat iſt das δίκαιον die Norm, nach welcher die berufsmäßige Thätigkeit der drei Stände des normalen Staates zu einmüthigem Zuſammenwirken ſich regelt, während die δικαιοσύνη das dieſer Ordnung entſprechende Verhalten bildet:

πόλις ἔδοξεν εἶναι δικαία, ὅτι ἐν αὐτῇ τριττὰ γένη φύσεων ἐνόντα τὸ αὑτῶν ἕκαστον ἔπραττε (civitas justa esse visa est, cum in ipsa tria hominum genera pro natura cujusque suum opus faciebant); de Rep. IV. p. 435. b. Vergl. p. 433 c.

πόλις — — τῷ τὸ ἑαυτοῦ ἕκαστον ἐν αὐτῇ πράττειν, τριῶν ὄντων γενῶν, δικαία (civitas ex eo justa visa est, quod cum tria sint civium genera, suum quisque facit); de Rep. IV. p. 441. d.

Beide Beziehungen des δίκαιον, wie der δικαιοσύνη fallen daher zuſammen in dem Begriffe einer richtigen Proportion in der ethiſchen Wirkſamkeit der drei Grundtheile der in Betracht kommenden beiden Organismen:

ἔοικε δὲ καὶ Πλάτων τῇ ἀναλογίᾳ ταύτῃ τοῦ δικαίου χρῆσθαι ἐν τῇ πολιτείᾳ (etiam Plato ejusmodi de justa proportione in libris de Republica uti visus est); Magn. Mor. I, 34, 10.

Erſt als weitere Folge ergeben ſich im Sinne des Plato aus dieſem Grundweſen des δίκαιον und der δικαιοσύνη die abge-

leiteten Merkmale, Norm und entſprechendes Verhalten zu ſein, welches innerhalb des angewieſenen Wirkungskreiſes die Obliegenheiten vollzieht und in die fremde Sphäre nicht übergreift, ſomit alſo die Verbindlichkeit erfüllt und von Verletzungen ſich fern hält:

τὸ τὰ αὑτοῦ πράττειν καὶ μὴ πολυπραγμονεῖν (sua facere neque alienis rebus se immiscere); de Rep. IV. p. 433. a. vergl. d. e.

τὸ τὰ ἑαυτοῦ ἕκαστον πράττειν und ähnlich; de Rep. IV. p. 433. b. 441. d. 443. d.

ἃ δεῖ πράττειν καὶ λέγειν καὶ πρὸς θεοὺς καὶ πρὸς ἀνθρώπους (quae quem oportet facere atque dicere et erga Deos et erga homines); Alcib. II. p. 150. b.

τὰ προσήκοντα πράττειν (quae decet facere); Gorg. p. 507. a. b.

τὰ δίκαια καὶ ὅσια διανέμειν ὀρθῶς πᾶσι (justa et pia omnibus recte tribuere); Polit. p. 301. d.

ἕξις διανεμετικὴ τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ (justitia habitus suum cuique tribuens); Defin. p. 411. d.

Vergl. auch Cic. de Rep. III, 7l. Diogen. Laert. III. §. 91.[141]).

Allein auch gegenüber dieſen Begriffsbeſtimmungen iſt immerhin im Auge zu behalten, daß einestheils nur die durch den ὀρθὸς νόμος gebotene Norm wahres δίκαιον und nur das derſelben entſprechende Verhalten δικαιοσύνη iſt:

δικαιοσύνη, ἕξις ὑπηρετικὴ ὀρθῶν νόμων; Defin. p. 41. 1. e., daß dagegen der ἄνομος νόμος ebenſowenig, wie Sitte und Gewohnheit jene Begriffe begründet, ſomit alſo der geſammte Geſchäftsverkehr und die daraus hervorgehenden vermögensrechtlichen Beziehungen dem Gebiete von Recht und Gerechtigkeit wenigſtens nicht ſelbſtſtändig und unmittelbar anheimfallen; ſowie daß anderntheils das δίκαιον πολιτικόν in vollkommener Maaße nur im normalen Staate denkbar und möglich iſt[142]),

141) Cirkeldefinitionen finden ſich: Defin. p. 411. e.: δικαιοσύνη, ἕξις καθ' ἣν ὁ ἔχων προαιρετικός ἐστι τῶν φαινομένων αὐτῷ δικαίων (justitia: habitus, quem qui consecutus est, eligit facilque libenter ea, quae justa sibi videntur); Defin. p. 414. e.: δίκαιον, νόμου τάγμα ποιητικὸν δικαιοσύνης (justum: legis institutum, justitiam exercens).

142) de Rep. IV. p. 420. b.

in den hiſtoriſch gebildeten und organiſirten Staaten dagegen die Gerechtigkeit nur andeutungsweiſe herrſchen kann.

So führt den Plato der Weg, den er zur Löſung höherer Probleme einſchlug, zu dem Reſultate, daß er einen Begriff des δίκαιον conſtruirt, der im Weſentlichen aller Realität ermangelt, während andrerſeits das Recht, welches in Wirklichkeit iſt, nur folgemäßig und nur bedingter Weiſe mit dem Gebiete der Ethik in Verbindung geſetzt wird. Ein Reſultat, welches unter allen Theorieen der antiken Philoſophie als das ungenügendſte, willkührlichſte und fehlerhafteſte ſich darſtellt, und welches Plato ſelbſt nur unvollkommen reſpectirt, indem er, dem Einfluſſe der gemeinen Meinung ſich hingebend, die Bezeichnung δίκαιον auf Beziehungen und Verhältniſſe überträgt, die nach ſeiner eigenen Theorie dieſem Begriffe weſentlich fremd bleiben [143]).

Werfen wir endlich nach Alle dem noch einen Rückblick auf die Stellung des δίκαιον zum ethiſchen Geſetze im Allgemeinen, ſo iſt das Subject Beider ein zwiefaches: der einzelne Menſch in Hinſicht des Verhaltens der drei Grundtheile ſeiner ψυχή, der normale Staat in Rückſicht des Verhaltens ſeiner entſprechenden drei Stände. In Rückſicht hierauf wirkt nun das ethiſche Geſetz in einer vierfältigen Richtung: zunächſt als Norm, nach welcher die organiſationsmäßige Thätigkeit jener drei Grundtheile, nämlich des λόγος oder der ἄρχοντες, ferner des θυμός oder der στρατιῶται, ſodann der ἐπιθυμία oder aller drei Grundtheile des Staates: der ἄρχοντες, wie der στρατιῶται, wie auch der γεωργοὶ καὶ δημιουργοί ſich regelt; endlich als Norm, nach welcher dieſe dreifältige Wirkſamkeit der Grundtheile beider Organismen zu harmoniſchem Einklange ſich ordnet, und die insbeſondere als νόμος im vornämlichen Sinne bezeichnet wird. Einer jeden dieſer vierfachen Richtungen entſpricht ebenſowohl eine Tugend, nämlich die φρόνησις oder σοφία, die ἀνδρεία, die σωφροσύνη und die δικαιοσύνη [144]); wie auch eine

143) Vergl. z. B. Polit. p. 294. e. 295. e. 296. c. d. 297. a.

144) Bezüglich der πολιτικὴ σωφροσύνη und δικαιοσύνη waltet jedoch in Wahrheit durchaus keine wirkliche Verſchiedenheit ob, vielmehr bezeichnen Beide in der That nur Eine Tugend; vergl. namentlich de Rep. p. 431. e. sq. Daſſelbe gilt von der δικαιοσύνη und σωφροσύνη des Einzelnen, ſobald auch in dieſer Beziehung das Weſen der σωφροσύνη darein geſetzt wird,

bestimmte Richtung des ἀγαθόν, welches jedoch nur in der vierten Beziehung eine besondere Bezeichnung als δίκαιον gefunden hat, dagegen in den ersten drei Beziehungen ohne besondere Benennung geblieben ist.

Endlich ist das δίκαιον je nach dem Wesen, auf welches dasselbe sich bezieht, wiederum entweder ein doppeltes, nämlich das ὅσιον, d. i. das δίκαιον gegen die Götter, und das δίκαιον im engern Sinne, d. i. das δίκαιον gegen die Menschen, oder auch ein dreifaches: das ὅσιον, das δίκαιον i. e. S. und das δίκαιον gegen die Verstorbenen, welches muthmaaßlich als ἱερόν bezeichnet ward; vergl. Beilage I. §. 3.

§. 24.

Aristoteles.

Dem Aristoteles, geb. 370 d. St., gest. 432, jenem noch unübertroffenen Prototype des Universalgenies, dürfen wir das Verdienst beimessen, zuerst das Wesen und die Principien des Rechtes in einer für die Theorie fruchtbringenden Weise speculativ behandelt zu haben.[145]). Unter den verschiedenen für die Ausbildung der antiken Rechtstheorie wichtigen Lehren nehmen gegenwärtig nur die Untersuchungen über den Begriff und die Quelle des Rechtes unser Interesse in Anspruch, und gerade diese gewinnen bei Aristoteles einerseits eine größere Tiefe und eine systematischere Gestaltung, andererseits einen den wirklichen Zuständen in höherem Maaße entsprechenden Character, als wir solches in den Erörterungen der früheren Philosophen zu suchen berechtigt sind. Die bezügliche Lehre des Aristoteles lautet dahin:

Das ἀγαθόν, oder ὀρθόν, als der Inbegriff der Vorschriften des ethischen Gesetzes, des νόμος, ist ein μέσον, d. h. die rich-

---

die Tugend zu sein, welche die Thätigkeit aller drei Grundtheile der Seele im Verhältnisse zu einander regelt und zum Einklange stimmt; eine Begriffsbestimmung, welche sich vorfindet in Defin. p. 411. e.: σωφροσύνη, — — συμφονία ψυχῆς πρὸς τὸ ἄρχειν καὶ ἄρχεσθαι.

145) Es ist hier zu erwägen, daß in Griechenland das Recht nicht die fachwissenschaftliche Behandlung erfuhr, die ihm zu Rom zu Theil wurde, daher dort die doctrinelle Ausbildung des Rechtes fast nur der Philosophie überlassen sein mußte.

tige Mitte zwiſchen zweien, durch die Triebe des Menſchen gegebenen extremen Richtungen in den Beſtrebungen, welche als das Zuviel und Zuwenig das Laſter bilden. Dieſes μέσον iſt zugleich ein ἴσον, ein Gleichmäßiges, inſofern als es gleichmäßig von beiden Extremen abſteht: τὸ μέσον, τὰ ἴσον ἀπέχον ἀφ' ἑκατέρου τῶν ἄκρων, und ſomit zugleich dasjenige Quantum repräſentirt, in welchem beide Extreme gleich ſind, d. i. alſo das Mittlere[146]). Durch die Vorſtellung dieſes ἀγαθόν wird nun der Menſch in eine doppelte begehrende Anregung verſetzt: daſſelbe zu erkennen und zu befolgen. Die Erkenntniß geſchieht mittelſt des reflectirenden Vermögens der denkenden Seele, des λογιστικόν, des λόγος, und ihr entſpricht die intellectuelle Tugend, die ἀρετὴ διανοητική, deren Inbegriff die φρόνησις bildet und zugleich den λόγος zum ὀρθὸς λόγος veredelt. Dagegen der Anforderung zur Befolgung des ἀγαθόν correſpondirt die ethiſche Tugend, die ἀρετὴ ἠθική, auch ſchlechthin ἀρετή genannt.

Die ethiſche Tugend ſetzt ſtets die φρόνησις und den ὀρθὸς λόγος voraus und beruht auf der Erkenntniß des ἀγαθόν, auf dem freien Wollen des Erkannten und auf dem Thuen des Gewollten; daher iſt ſie die einheitliche Fertigkeit in dieſer auf das ἀγαθόν gerichteten dreifaltigen Thätigkeit, nämlich das der φρόνησις oder dem ὀρθὸς λόγος entſprechende Verhalten: τὸ κατὰ τὸν ὀρθὸν λόγον πράττειν oder ἡ ἕξις κατὰ τὴν φρόνησιν oder κατὰ τὸν ὀρθὸν λόγον[147]). Inſofern nun das durch den λόγος erkannte ἀγαθόν ein μέσον iſt, iſt die ethiſche Tugend ſelbſt eine μεσότης, ein Mittelmaaß oder eine Fertigkeit, welche die rechte Mitte in den Beſtrebungen innehält. Da ſonach lediglich die Triebe des Menſchen ſowohl durch ihre Richtung, als durch ihr Maaß das Weſen und Maaß der Tugend beſtimmen, ſo iſt der Maaßſtab und Beſtimmungsgrund der Letzteren nicht ein objectiver, ſondern ein rein ſubjectiver: die Tugend iſt nicht κατ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα, ſondern πρὸς ἡμᾶς; oder:

146) Eth. Nic. II, 2. 6. ed. Didot.

147) Eth. Nic. I, 7. 8. 13. II, 1. 2. 4. VI, 1. 2. 3. 6. 7. 13. X, 4—8. de anim. III, 10. Vergl. Biese, die Philoſophie des Ariſtoteles Bd. I. p. 211. Anm. 3., p. 327. Anm. 4., p. 368. Anm. 2.; Bd. II. Abſchn. 3. Cap. 2. Abth. 1., ſowie p. 363 sq. Strümpell, l. c. §. 138. 139.

das Medium ſelbſt, worauf das Weſen der Tugend beruht, liegt nicht in dem Objecte, welches das Ziel unſerer Beſtrebungen bildet, ſondern in der Geſammtheit der ihrer Gattung nach weſentlich gleichartigen Beſtrebungen ſelbſt: das μέσον iſt ein ἴσον, ὃ μήτε πλεονάζει, μήτε ἐλλείπει. Weil nun theils die äußere Richtung der Triebe, das Object und Ziel derſelben eine mehrfältige, theils das innere Maaß derſelben, der größere oder geringere Grad ihrer Stärke auf Seiten der Extreme ſelbſt bei jedem Einzelnen wieder eine andere iſt, ſo iſt die Tugend οὐχ ἕν, οὐδὲ ταὐτὸν πᾶσι, d. h. ſie iſt theils qualitativ, theils quantitativ verſchieden[148]). Auf der qualitativen Verſchiedenheit der Tugenden beruht deren Mehrfältigkeit: ſie ſind in dieſer Beziehung verſchieden je nach den mehrfältigen Richtungen des menſchlichen Willens, und geſtalten ſich dem entſprechend in mannichfacher Weiſe z. B. als ἀνδρεία zum Medium zwiſchen Verzagtheit und Tollkühnheit, als ἐλευθεριότης zum richtigen Maaße bei Benutzung des Geldes, u. a. m.[149]). Daher ſagt Ariſtoteles bezüglich des ethiſchen Geſetzes in Eth. Nic. V, 2, 10.:

> καθ' ἑκάστην ἀρετὴν προσττάτει ζῆν καὶ καθ' ἑκάστην μοχθηρίαν κωλύει ὁ νόμος (unicuique virtuti convenienter vivere jubet et unumquodque vitium suscipere vetat lex).

Auf der quantitativen Verſchiedenheit der Tugenden, d. h. auf der Vorausſetzung, daß je nach der beſonderen Geſtaltung der Neigungen und je nach der Verſchiedenheit der Triebkraft ihrer Extreme der Mittelpunkt zwiſchen dieſen ſelbſt nicht eine feſte Stelle hat, ſondern je bei den verſchiedenen Individuen auf einen anderen Punkt fällt; auf dieſer Vorausſetzung, ſagen wir, beruht es, daß das μέσον und inſofern die Tugend ſelbſt nicht abſolut und objectiv beſtimmter iſt, wie eine mittlere Proportionalzahl, ſondern lediglich relativ und je nach der Subjectivität des Einzelnen[150]).

Eine beſondere Beziehung des ἀγαθόν bildet nun das δίκαιον oder καλὸν καὶ δίκαιον, dem als Tugend die δικαιοσύνη

148) Eth. Nic. II, 6, 4. 5.

149) Eth. Nic. III, 2 sq. Rhet. I, 9, 5.

150) Eth. Nic. II, 6, 5 sq.

entſpricht, indem dieſe als die dem δίκαιον entſprechende Fertigkeit ſich darſtellt:

ἡ τοιαύτη ἕξις, ἀφ' ἧς πρακτικοὶ τῶν δικαίων εἰσὶ καὶ ἀφ' ἧς δικαιοπραγοῦσι καὶ βούλονται τὰ δίκαια (is habitus, quo qui agunt justi sunt et quo justa faciunt voluntque); Eth. Nic. V, 1, 3.

Beide Ausdrücke, δίκαιον, wie δικαιοσύνη, haben jedoch eine doppelte Bedeutung, eine engere und eine weitere: dort vertreten dieſelben eine eigene und ſelbſtſtändige Beziehung des ἀγαθόν und der Tugend, hier umfaſſen ſie eine jede durch den νόμος gegebene Vorſchrift. Da nun der νόμος überhaupt alle Tugenden betrifft, ſo erſcheint die δικαιοσύνη in dieſer Extenſion als Inbegriff aller dieſer, während das δίκαιον gleiche Sphäre gewinnt, wie das geſammte νόμιμον, das ἀγαθόν, und zu gleicher Tendenz mit dem νόμος ſelbſt ſich erhebt. Allein dieſer weitere Begriff wird von Ariſtoteles nicht feſt gehalten, vielmehr dem engeren Begriffe als dem allein maaßgebenden nachgeſtellt [151]).

Indem wir daher den engeren und eigentlichen, dem Ariſtoteles eigenen Begriff des δίκαιον feſthalten, ſo können wir deſſen Weſen auf drei verſchiedene Merkmale zurückführen: auf das νόμιμον oder μέσον oder ἴσον; ſodann auf das μέσον τοῦ πράγματος oder ἴσον κατ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα oder das Geſetztſein durch einen νόμος διανεμητικός; endlich auf das πολιτικόν und συμφέρον.

Zunächſt iſt das Recht ein νόμιμον und damit zugleich ein μέσον, wie ἴσον. Denn das Recht beruht auf dem ethiſchen Geſetze, auf dem νόμος: κατὰ νόμον ἐστίν (Eth. Nic. V, 6, 9.), daher es ein νόμιμον iſt; und da das Recht als das Gebot von jenem ein Theil des ἀγαθόν oder ὀρθόν iſt; da ferner das Geſetz um dieſes ſeines Inhaltes willen ſelbſt zum μέσον und ἴσον wird [152]), ſo kommt dieſes doppelte Attribut [153]) auch dem

151) Eth. Nic. V, 1. 2. Magn. Mor. I, 34, 1—4. Um des weiteren Umfanges jenes Begriffes willen wird daher ſolches δίκαιον als τὸ πλέον bezeichnet.

152) Polit. III, 7, 13. 11, 3. 6.

153) Eth. Nic. II, 6, 4. 5. V, 1, 1. 2, 9. 10. 3, 1—4. 4, 5. 8 sq. Polit. III, 7, 1. Magn. Mor. I, 34, 4—8. Vergl. Plato de Rep. II.

δίκαιον ebenſowohl als einem Theile des ἀγαθόν, wie als einem Gebote des νόμος zu. Der Letztere ſelbſt aber beruht theils unmittelbar auf höherer, über menſchlicher Einrichtung erhabener Anordnung, theils prägt er ſich aus und offenbart ſich als ſtaatliches Geſetz, ſei es durch ein legislatoriſches scriptum, νόμος i. e. S., ſei es durch Sitte und Gewohnheit und gemeine Meinung, ἔθος u. dergl.[154]).

Sodann iſt das Recht ein μέσον τοῦ πράγματος oder ἴσον κατ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα oder durch einen νόμος διανεμητικός geſetzt. Denn indem es ein weſentliches Attribut des Rechtes iſt, daß in und mit demſelben ein Jeder das Seine erhält: τὸ τὰ αὑτῶν ἔχειν[155]) und dem entſprechend auch die Gerechtigkeit ſich darſtellt als die Tugend, der gemäß Jeder das Seine nach Maaßgabe des νόμος erhält, als ἀρετὴ δι' ἣν τὰ αὑτῶν ἕκαστοι ἔχουσι καὶ ὡς ὁ νόμος (Rhet. I, 9, 7.), ſo gewinnt hiermit der νόμος, auf dem das Recht ſelbſt beruht, den Character einer zuertheilenden Norm[156]) und die δικαιοσύνη wird hiermit zur

προαίρεσις τοῦ ἴσου διανεμητική (animus paria distribuens)[157]).

Dieſe Zutheilung, deren Object das Recht bildet, iſt jedoch ſelbſt wiederum eine verſchiedene: entweder nämlich freie Vertheilung der einer Werthſchätzung unterliegenden Güter, oder aber Rückerſtattung der aus Verkehrsverhältniſſen entſtandenen Differenzen

---

p. 359. a. b. Steph. Ebenſo auch Theophrastus de Fortuna bei Stob. Ecl. I. p. 304. Heer.: δίκαιόν τε, οὔτε τὸν τὸ πλεῖον ἑαυτῷ νέμοντα, οὔτε τὸν τὸ ἔλαττον, ἀλλὰ τὸν τὸ ἴσον; vergl. auch Stob. l. c. p. 298—322.

154) Vergl. die Definitionen vom νόμος in Eth. Nic. X, 9, 12: λόγος ἀπό τινος φρονήσεως καὶ νοῦ (ratio a prudentia et ratione profecta), wozu vergl. Eth. Nic. V, 6, 5.; in Polit. III, 11, 4.: ἄνευ ὀρέξεως νοῦς (ratio sine appetitu); in Rhet. ad. Alex. I, 5, 2. 7.: ὁμολόγημα πόλεως κοινὸν, διὰ γραμμάτων προστάττον πῶς χρὴ πράττειν ἕκαστα (communnis civitatis consensus scriptis praecipiens, quomodo unumquodque agendum sit), wozu vergl. Epist. II. ad Alex. §. 4.

155) Eth. Nic. V, 4, 14.

156) Vergl. Pseudoplut. de vita et poes. Hom. c. 175.: ὁ νόμος λέγεσθαι ἔοικεν ἀπὸ τοῦ νέμειν τὰ ἴσα πᾶσιν.

157) Top. VI, 7, 1. Ariſtoteles giebt hier die Definition δύναμις τοῦ ἴσου διανεμητική, tadelt aber dieſelbe, bemerkend, daß nicht das δύναμαι entſcheide, ſondern das προαιρεῖν.

im Beſitze ſolcher Güter. Daher iſt auch das Recht in entſprechender Weiſe ein doppelt verſchiedenes, und wird in der erſteren Beziehung zu einem δίκαιον διανεμητικόν, welches das Verhältniß bei jener Vergabung von Ehrenſtellen, wie von Geld und anderen unter die Bürger zur Theilung zu bringenden Objecten regelt, während es in der letzteren Beziehung als δίκαιον διορθωτικόν oder ἐπανορθωτικόν aufgefaßt wird, inſofern durch dieſes die aus Rechtsverhältniſſen hervorgegangenen Ungleichheiten beſeitigt werden, ſei es daß dieſe aus Rechtsgeſchäften, ἑκούσια συναλλάγματα, oder wider den Willen der Betheiligten, ἀκούσια συναλλάγματα entſtanden ſind[158]). In beider Beziehung iſt das Recht ebenſowohl οἷς, wie ἐν οἷς, d. h. es ſteht in einer Relation theils zu den Perſonen, auf die es ſich bezieht, theils zu den Objecten, in denen es zuertheilt wird, die Letzteren aber ſind ſtets ein μέσον oder ἴσον, und indem ſolches zu ſeiner Feſtſtellung einer mathematiſchen Proportion bedarf, ſo tritt hiermit auch das Recht in eine weſentliche Beziehung zu ſolcher Proportion und wird hierdurch ſelbſt zum ἀναλογόν.

Dieſe Proportion geſtaltet ſich nun verſchieden je nach der doppelten Modalität der Zutheilung von Gütern. Bei dem δίκαιον διανεμητικόν nämlich wird ſie als geometriſche bezeichnet, inſofern zwei Quanta von Gütern in das nämliche Verhältniß zu einander geſtellt werden, in welchem die zwei Perſonen ſtehen, auf welche dieſe Quanta ſich beziehen. Indem daher die Würdigkeit der Perſon, die ἀξία, als Maaßſtab einer Werthſchätzung der beiden Empfänger der Güter angenommen wird, ſo wird nach der hieraus ſich ergebenden Proportion das zu vergebende Gut ſelbſt bemeſſen und an die Percipienten vertheilt, und indem das durch ſolche Proportion ſich ergebende Quantum auf einem richtigen Maaße beruht, iſt es zugleich ein μέσον zwiſchen dem Zuviel und Zuwenig und ſomit ein δίκαιον. Bei dem δίκαιον

158) Συνάλλαγμα ſteht hier nicht in der Bedeutung von contractus (im allgemeineren Sinne von pactio), welche Ariſto in l. 7. §. 2. D. de pact. 2, 14. und Labeo in l. 19. D. de V. S. 50, 17. annehmen, vielmehr hat es die Bedeutung von Rechtsverhältniß. Ihrem Eintheilungsgrunde nach entſpricht jene Eintheilung des Ariſtoteles der bei Gaj. III, 88, inſofern dieſer die obligationes in diejenigen quae ex contractu und quae ex maleficio nascuntur zerlegt.

διορθωτικόν dagegen wird dieſe Proportion als arithmetiſche bezeichnet, inſofern hier nicht das Verhältniß der Perſonen ſelbſt je nach deren Würdigkeit in Anſatz gebracht wird, — indem vielmehr dieſer Moment hierbei als ganz unbeachtlich erſcheint, da alle Perſonen gleichviel gelten, — ſondern lediglich das Quantum der Güter die Proportion bedingt, nämlich das ἀγαθόν einestheils, als der Inbegriff des vorhandenen Vortheiles oder des abgehenden Nachtheiles, ſowie das κακὸν anderntheiles, als die Summe des obliegenden Nachtheiles oder des mangelnden Vortheiles. Inſofern nun zwiſchen zwei Perſonen in Folge eines Geſchäftes oder einer delictiſchen Handlung das Verhältniß ſich herausſtellt, daß die eine zu Viel des ἀγαθόν und zu Wenig des κακόν hat, ſomit alſo einen Gewinn, κέρδος, macht, während der anderen Perſonen jenes Mehr des ἀγαθόν abgeht, und das Mehr des κακόν zukommt, und ſomit ein Verluſt, ζημία, zur Laſt fällt, ſo iſt nun auf beiden Seiten das μέσον zwiſchen dem Ueberſchuß an ἀγαθόν und κακόν zu ſuchen und ſomit das Geſammt-μέσον zwiſchen κέρδος und ζημία als das δίκαιον feſtzuſtellen. Dieſes μέσον oder ἴσον ſtellt ſich bei den συναλλάγματα ἀκούσια insbeſondere als Wiederherſtellung des früheren Quantum an ἀγαθόν und κακόν dar, während es bei den συναλλάγματα ἑκούσια zur Wiedervergeltung des Geleiſteten durch eine mit Hülfe des Geldes vermittelte ausgleichende Gegenleiſtung ſich geſtaltet, ſo daß hierbei das ἀντιπεπονθὸς ἄλλῳ der Pythagoräer allerdings concurrirt, nur freilich nicht als Wiedervergeltung mit qualitativ Gleichem, ſondern nur mit Entſprechendem (κατ' ἀναλογίαν, καὶ μὴ κατ' ἰσοτήτα). So wird das Recht zur Norm für den Staat, nach welcher dieſer die Vertheilung von Gütern und Ehren bewerkſtelligt; zur Norm für den Richter, nach welcher dieſer die Rechtsungleichheiten beſeitigt; zur Norm für den Bürger, nach welcher dieſer ſeine Handlungsweiſe regelt und zur gerechten, zur δικαιοπραγία geſtaltet[159]).

159) Eth. Nic. V, 3—5. Magn. Mor. I, 34, 9—13. Gleichwie Archytas den Fürſten ὁ νόμος ὁ ἔμψυχος, ſo nennt auch Ariſtoteles in ſchöner und poetiſcher Auffaſſung den Richter τὸ δίκαιον τὸ ἔμψυχον. Aehnlich iſt, wenn Marcian lib. 1. Instit. (l. 8. D. de J. et J. 1, 1.) das jus honorarium als viva vox juris civilis bezeichnet.

Nach Alle dem vertritt nun das μέσον oder ἴσον des δίκαιον nicht, wie bei allen übrigen Beziehungen des ἀγαθόν, das Mittelmaaß zwiſchen den Trieben des Menſchen, es iſt nicht das Mittel, welches gegeben wird durch die nach den entgegengeſetzten Richtungen antreibende Bewegkraft der extremen Triebe; ſondern es iſt ein mittleres Quantum zwiſchen zwei verſchiedenen dinglichen Größen. Daher iſt hier das μέσον oder ἴσον nicht, wie dort, ein ſubjectives und pſychiſches, ſondern es iſt objectiv und dinglich: es iſt nicht μέσον oder ἴσον πρὸς ἡμᾶς, ſondern μέσον τοῦ πράγματος oder ἴσον κατ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα, und in gleicher Weiſe iſt die δικαιοσύνη zwar wie alle Tugenden μεσότης, allein lediglich zwiſchen dem zu Viel und zu Wenig an Gütern, nicht aber zwiſchen zwei ihr entgegenſtehenden extremen Fehlern, indem ihr vielmehr nur ein Fehler als Extrem entgegenſteht, die ἀδικία:

ἡ δὲ δικαιοσύνη μεσότης ἐστὶν οὐ τὸν αὐτὸν τρόπον ταῖς πρότερον ἀρεταῖς, ἀλλ' ὅτι μέσον ἐστίν· ἡ δ' ἀδικία τῶν ἄκρων (justitia medietas est non quomodo virtutes supra dictae, sed quia medii est; injustitia autem extremorum); Eth. Nic. V, 5, 17.

Hierdurch wird aber der characteriſtiſche Unterſchied zwiſchen dem δίκαιον und allem übrigen ἀγαθόν begründet, daß während das Letztere rein ſubjectiver Beſchaffenheit iſt: οὐχ' ἓν οὐδὲ ταὐτὸν πᾶσιν, das Recht einen rein objectiven Maaßſtab und Character gewinnt und damit ein ἓν καὶ ταὐτὸν πᾶσιν wird [160]).

Nach dem bisher Erörterten gewinnen wir ſonach als den eigenthümlichen ariſtoteliſchen Rechtsbegriff die Beſtimmung, daß das δίκαιον das μέσον oder ἴσον, d. i. das mittlere Quantum der in concreto gegebenen Dinge iſt, welches durch den νόμος den Betheiligten gewährt wird. Von dieſem Begriffe abwärts tritt indeß im Verlaufe der Erörterung im Merkmale des ἴσον insbeſondere die anderweite Bedeutung hervor, daß daſſelbe nicht mehr das dritte Quantum zwiſchen zwei anderen, ſondern die Gleichheit zweier Quanta ſelbſt bezeichnet, ſo daß hierdurch der Begriff des Rechtes in der Weiſe ſich verändert, daß nunmehr das δίκαιον zu dem gleichen Quantum der zu gewährenden

160) Eth. Nic. II, 6, 4. 5.

Dinge wird. Dieſes Merkmal tritt bei den ſpäteren Referenten des ariſtoteliſchen Rechtsbegriffes allein zu Tage[161]), und findet ſich auch bei Ariſtoteles ſelbſt bereits ausgeprägt, ſo namentlich in Folge des Einfluſſes des pythagoräiſchen Rechtsbegriffes in Eth. Nic. V, 5, 8—16., ſowie auch in V, 3, 5. bezüglich des δίκαιον διορθωτικὸν[162]). Eine noch weitere Modification erleidet endlich die Beziehung des Merkmales des ἴσον zum Rechte dadurch, daß das Letztere aufgefaßt wird als ein dem Maaße nach völlig unbeſtimmtes Quantum, welches in gleicher Weiſe Allen durch den νόμος gewährt wird, eine Auffaſſung, die ſich z. B. kund giebt in Polit. III, 7, 13., wo

---

161) So bei Cicero (ſ. Beilage I. §. 6. 7.), Quintil. J. O. VII, 4, 5. 6. (ſ. §. 47. not. 351); ob Pseudoplut. de vit. et poes. Hom. c. 175. (not. 156.) unter ἴσον das Mittlere oder das Gleiche verſtand, muß indeß unentſchieden bleiben.

162) Dieſe letztere Stelle lautet: ἔστι δὲ τὸ ἴσον ἐν ἐλαχίστοις δύσιν· ἀνάγκη τοίνυν τὸ δίκαιον μέσον τε καὶ ἴσον εἶναι [καὶ πρός τι] καὶ τισίν· καὶ ᾗ μὲν μέσον, τινῶν (ταῦτα δ' ἐστὶ πλεῖον καὶ ἔλαττον), ᾗ δ' ἴσον ἐστί, δυοῖν, ᾗ δε δίκαιον, τισίν. In dieſer Stelle behandelt Ariſtoteles das οἷς und ἐν οἷς des Rechtes, d. h. die allgemeine Beziehung zu den Perſonen, wie zu den Objecten und Quanta, in welcher das Recht ſteht. Dies iſt die Kategorie des πρός τι, die, obgleich in einer anderen Richtung der Anſchauung, in Rhet. I, 13. wiederkehrt, wo Ariſtoteles die beſondere Beziehung des Rechtes zu den Perſonen je nach der Zahl derjenigen, welche es ſchützt, in's Auge faßt, vergl. unten bei not. 164. Dagegen iſt von jener Kategorie verſchieden das πρός τι, welches in Eth. Nic. II, 6. nach dem doppelten Gebiete des πρὸς ἡμᾶς und πρὸς τὸ πρᾶγμα erörtert wurde; vergl. oben den Text nach not. 159. Denn dies betrifft das wirkliche Relative, d. h. die Relation zu den Extremen, in der das Weſen des ἀγαθόν, wie δίκαιον beſteht; vergl. Strümpell l. c. §. 121. β. — In obiger Stelle nun ſagt Ariſtoteles: das Recht iſt μέσον, wie ἴσον, und kommt in Betracht ebenſowohl in Bezug auf das ἐν οἷς, (wo es wenigſtens zwei Dinge erfordert: ἔστι ἐν ἐλαχίστοις δύσιν), wie in Bezug auf das οἷς (εἶναι καὶ τισίν). Was nun das ἐν οἷς betrifft, ſo iſt es in dieſer Beziehung ein μέσον (oder ἴσον i. d. S.) τινῶν, d. h. ein Mittleres zwiſchen Einigen (welche das πλεῖον und ἔλαττον ſind); was das οἷς betrifft, ſo iſt es in dieſer Beziehung ebenſowohl ein ἴσον (in dem oben in Frage befangenen Sinne) δυοῖν (d. h. es kommt zweien Perſonen als gleiches Quantum zu, nämlich als δίκαιον διορθωτικόν), wie auch ein δίκαιον τισίν (d. h. es kommt als δίκαιον im Allgemeinen, als Mittleres überhaupt, als μέσον oder ἴσον i. d. S. einigen Perſonen zu).

das Gebot des νόμος als ἴσως ὀρθόν aufgefaßt wird, ſo daß hier das Merkmal der Gleichheit von dem Quantum, welches als δίκαιον gewährt wird, auf die Modalität übergetragen iſt, in welcher das δίκαιον gewährt wird. Von dieſen dem Ariſtoteles ſelbſt ſchon angehörigen Modificationen des urſprünglichen Begriffes des ἴσον abwärts erlitt ſodann daſſelbe in der Theorie der Späteren weitere Veränderungen ſeiner Beziehung zum Rechte, die in Beilage I. §. 6. näher dargelegt werden, hier aber als dem Ariſtoteles fremd zu übergehen ſind. Wohl aber finden wir bei dieſem eine noch andere Beziehung des Merkmales des ἴσον, inſofern Ariſtoteles dies Letztere nicht bloß bezüglich des ἐν οἷς des Rechtes, ſondern auch bezüglich des οἷς feſthält und ſomit auch auf das Subject des Rechtes überträgt, ſo daß hiernach das δίκαιον als das Quantum ſich darſtellt, welches den Gleichen gewährt wird, worüber das Weitere in §. 26.

Endlich das letzte weſentliche Merkmal des δίκαιον, das πολιτικόν und συμφέρον, wird durch deſſen Zweck gegeben: denn auf dem Rechte beruht das Weſen des Staates, ſowohl in ſeiner Totalität, als in ſeinen Grundbeſtandtheilen, den Familiengemeinſchaften, den οἰκίαι, indem das δίκαιον als Mittel zur Verwirklichung der letzten Zwecke des Staates: der Glückſeligkeit der Bürger erforderlich iſt und dient, und ſo als wahres Gemeingut die Wohlfahrt der Geſammtheit fördert[163]), ſei es nun, daß es ſich als jus publium unmittelbar auf die Geſammtheit, πρὸς τὸ κοινὸν, bezieht, oder als jus privatum zunächſt nur die Intereſſen des Einzelnen, πρὸτ ἕνα, im Auge hat[164]). So iſt das Recht ebenſowohl ein πολιτικόν oder ἀγαθὸν πολιτικόν, wie συμφέρον τι κοινῇ und ἀληθές τι καὶ συμφέρον[165]). Wo daher dieſes Merkmal fehlt, kann niemals wahres δίκαιον, ſondern nur ein Scheinrecht vorhanden ſein; vergl. §. 26. fin.

---

163) Polit. I, 1, 11. III, 7, 1. 13. Eth. Nic. X, 9.

164) Rhet. I, 13, 1. 3. sq.

165) Eth. Nic. V, 6, 4. 9. Polit. I, 1, 12. III, 7, 1. Magn. Mor. I. 34, 15. Rhet. I, 6, 17. 15, 7. Eth. Nic. VIII, 9, 4. Vergl. V, 5, 8. sq.

§. 25.

Fortsetzung.

(Aristoteles.)

Das Recht in der bisher von Aristoteles gegebenen Beschreibung ist das ἁπλῶς δίκαιον, d. h. das Recht schlechthin in der begreiflichen Allgemeinheit seines Wesens und als Inbegriff der Principien aller seiner besonderen Erscheinungsformen[166]). Diesem steht gegenüber das besondere Recht, das positive oder πολιτικὸν δίκαιον, in welchem das Recht einen concreten Inhalt und seine besondere Bestimmung erhält, ohne daß es jedoch dabei aufhörte, seine allgemeine und wesentliche Bestimmung durch das ἁπλῶς δίκαιον zu empfangen. Indem nun Aristoteles auf dieses πολιτικὸν δίκαιον, ebenso wie auf den νόμος πόλεως das Merkmal des ἴσον auch rücksichtlich der Rechtssubjecte überträgt, und somit Gesetz und Recht lediglich als Norm und Gabe für Gleiche auffaßt, so erfordert er nun für die Rechtsfähigkeit ebensowohl Freiheit der Personen, wie auch eine besondere politische Gleichheit der Staatsangehörigen, welche je nach der Form der Staatsverfassung entweder auf einer absoluten Gleichstellung nach der Kopfzahl (κατ' ἀριθμόν), oder auf einer durch bestimmte Voraussetzungen modificirten Gleichstellung (κατ' ἀναλογίαν) der Bürger beruht[167]). Daher bleiben von der thätigen, wie leidenden Theilnahme am Gesetze und Rechte ausgeschlossen einerseits die Götter, andrerseits die Sclaven, wie die Hauskinder, und die einer τύραννις Unterworfenen[168]), denen consequenter Weise auch die Peregrinen beizufügen sind; vielmehr giebt es allen diesen gegenüber, wie auch (mit Ausnahme der Peregrinen) zwischen ihnen kein wahres Recht, sondern nur

166) Eth. Nic. V, 6, 4. Ueber ἁπλῶς vergl. Biese l. c. I. p. 50 Anm. 4. p. 129. Anm. 4. p. 230. Anm. 1. p. 234. Anm. 2.

167) Eth. Nic. V, 6, 4. Polit. III, 8, 2.

168) Eth. Nic. V, 6, 5. 7. VIII, 11, 6. 8. cll. 12, 8. Bezüglich der Sclaven und Haussöhne führt Aristoteles noch den Grund an, daß dieselben ein Theil ihrer Gewalthaber sind, Niemand aber zu sich selbst im Verhältnisse des Rechts oder Unrechts stehen könne. Diesem Argumente kann nur eine adminiculirende Bedeutung zukommen. Ebenso giebt Aristoteles auch bezüglich der Götter in Eth. Nic. V, 9, 17. einen besonderen Grund an.

ein dem Rechte ähnliches Verhältniß[169]), wenn gleich ein vermittelndes Band in der φιλία.

Als die einzigen Verhältniſſe nun, welche jenem doppelten Requiſite der Gleichheit entſprechen, erkennt Ariſtoteles die Stellung der Mitbürger und Eheleute an, dem entſprechend derſelbe in dem poſitiven Rechte noch ein beſonderes πολιτικόν und οἰκονομικὸν δίκαιον ſcheidet. Das Letztere iſt es, welches maaßgebend iſt in der Stellung zwiſchen Mann und Weib[170]), während das Erſtere ſtatt hat zwiſchen den Mitbürgern, d. h. zwiſchen denen, welche in politiſcher Gemeinſchaft, wie in einer durch den νόμος geordneten Gleichheit des Befehlens und Gehorchens ſtehen[171]).

Das πολιτικὸν δίκαιον wird nun von Ariſtoteles zerlegt:

1) Nach der materiellen Beſchaffenheit ſeiner letzten Quelle: in das νομικόν, d. i. das durch legislatives Ermeſſen geſetzte, und das φυσικόν, d. i. das auf einem Gebote der φύσις beruhende Recht;

2) nach der formalen Beſchaffenheit ſeiner letzten Quelle: in das γεγραμμένον, d. i. der Inbegriff der durch geſetzgeberiſch ſchriftlichen Act erſt in's Daſein gerufenen Satzungen, und in das ἄγραφον, d. i. dasjenige Recht, welches unabhhängig von legislativer Niederſchrift exiſtirt;

3) nach dem durch die nationale Gültigkeit des Rechtes gebotenen Geſichtspunkte in das ἴδιον und das κοινόν, jenes das nationale, dieſes das ethniſch-univerſelle Recht.

Alle drei Eintheilungen ſind weſentlich verſchieden in Bezug auf ihren Eintheilungsgrund, wie auf die Merkmale ihrer Eintheilungsglieder; allein indem Ariſtoteles die Sphären der letz-

169) Eth. Nic. V, 6, 4. 5. 8. 9. 11, 9. VIII, 11, 7. Polit. I, 2, 21. Magn. Mor. I, 34, 15—17. Die Rechtsgemeinſchaft wird in Eth. Nic. V, 6, 4. zurückgeführt auf die Gemeinſchaft des νόμος und dieſe wiederum in einem Kreisgange von der Möglichkeit der ἀδικία zwiſchen den Betreffenden abhängig gemacht.

170) Eth. Nic. V, 6, 9. Magn. Mor. I, 34, 18.

171) Eth. Nic. V, 6, 4. 5. 9. Polit. III, 7, 2—13. 11, 3, 4. Magn. Mor. I, 34, 15. 19. Das Oberhaupt des Staates wird hierbei, mit Ausnahme des τύραννος, als Wächter der Gleichheit, des Rechtes und Geſetzes aufgefaßt.

teren für congruent erklärt, ſo werden dieſelben auch als identiſch behandelt, inſofern ebenſowohl die Merkmale des Gliedes der einen Diviſion beliebig auf das entſprechende Glied der anderen Eintheilung übertragen, wie auch die Gegenſätze der einzelnen Glieder aus verſchiedenen Eintheilungen hergenommen werden.

Zunächſt die erſte Eintheilung betreffend, ſo herrſcht dieſe der Ausdrucksweiſe nach vor in Eth. Nic. V, 7., wie Magn. Mor. I, 34, 19—21. Ariſtoteles definirt hiernach das φυσικὸν δίκαιον als dasjenige Recht, welches unabhängig von der Willkührlichkeit des Urtheiles allenthalben gleiche Gültigkeit beſitzt:

τὸ πανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχον δύναμιν, καὶ οὐ τῷ δοκεῖν ἢ μὴ (quod ubique gentium eandem vim obtinet, nec id propterea quod libeat vel non),[172])

obwohl auch bezüglich dieſes Rechtselementes eine Verſchiedenheit in einzelnen Nebenpunkten nicht ſchlechthin in Abrede geſtellt wird.

Dagegen das νομικὸν δίκαιον, auch ἀνθρώπινον genannt, iſt dasjenige Gebot, welches durch Utilitätsrückſichten in's Leben gerufen iſt und lediglich auf poſitiver Satzung beruht:

ὃ ἐξ ἀρχῆς μὲν οὐθὲν διαφέρει οὕτως ἢ ἄλλως, ὅταν δὲ θῶνται, διαφέρει (quod ab initio hoc an illo modo fiat nihil refert, sed tunc denum, quum constitutum fuerit, refert).[173])

Hiermit ſcheint verwandt der Gegenſatz, den Theophrastus bei Stol. Serm. III, 50. Gaisf. aufſtellt, der νόμοι nämlich τῆς φύσεως und τῆς πόλεως.

172) Vergl. Andronicus Rhod. Paraphr. in Arist. Eth. Nic. V, 10. p. 182. ed. princ. (ſ. unten Note 178.). Ingleichen Michael Ephes. in eund. loc.

173) Vergl. Eth. Nic. V, 5, 11; τὸ νόμισμα —— οὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ ἐστὶ, καὶ ἐφ' ἡμῖν μεταβαλεῖν καὶ ποιῆσα. ἄχρηστον (numus non natura, sed lege valet, estque penes nos eum mutare inutileque reddere). Andron. Rhod. Paraphr. in Arist. Eth. Nic. V, 10. p. 182. ed. princ.: νομικὸν δίκαιόν ἐστιν ὅπερ πρὶν νομοθετηθῆναι ἀδιάφορον ἦν καὶ οὔτε δίκαιον, οὔτε ἄδικον ἐδόκει, μετὰ δὲ τὸ νομισθῆναι δίκαιόν ἐστι (νομικὸν δίκαιον est quod antequam leges latae sunt, indifferens fuit et neque justum neque injustum visum est, sed cum constitutum est, tum factum est jus).

Die dritte Eintheilung herrſcht vor in den Rhet. I, 10, 2. 13, 1. 2. 15, 6. und wird zwar zunächſt nur an den νόμος angeknüpft, allein wie der weitere Gang der betreffenden Erörterung des Ariſtoteles lehrt, gleichmäßig auch auf das δίκαιον insbeſondere bezogen. Hiernach zerfällt daher das Letztere, ebenſo wie der νόμος in das κοινόν und das ἴδιον, von denen jenes characteriſirt wird als Gebot der Natur und nach der Natur, als ein κατὰ φύσιν und φύσει δίκαιον, welches in Folge ſelbſtgegebener und uranfänglicher Uebereinſtimmung bei allen Völkern ſich offenbart, ſelbſt ohne daß eine Gemeinſchaft zwiſchen denſelben obwaltete oder eine Vereinbarung darüber ſtattgefunden hätte;

λέγω δὲ, ſagt Ariſtoteles, νόμον τὸν — κοινὸν — τὸν κατὰ φύσιν· ἔστι γὰρ, ὃ μαντεύονταί τι πάντες, φύσει κοινὸν δίκαιον καὶ ἄδικον, κἂν μηδεμία κοινωνία πρὸς ἀλλήλους ᾖ μηδὲ συνθήκη (dico autem νόμον κοινόν, qui naturalis est; est enim natura commune justum et injustum, quod omnes vaticinantur, etiamsi nulla de eo inter illos communicatio aut pactio intercesserit), Rhetor. I, 13, 2.; ſowie

λέγω δὲ — κοινὸν, — ὅσα — παρὰ πᾶσιν ὁμολογεῖσθαι δοκεῖ (dico autem κοινόν sc. νόμον, quaecunque probari omnium consensu videntur), Rhet. I, 10, 3.

Das ἴδιον dagegen definirt Ariſtoteles als das Recht, welches lediglich der einzelne Staat ſich ſetzt:

λέγω δὲ νόμον τὸν — ἴδιον — τὸν ἑκάστοις ὡρισμένον πρὸς αὑτούς (dico autem νόμον ἴδιον eum, quem sibi quique statuerunt), Rhet. I, 13, 2.;

λέγω δὲ ἴδιον, καθ' ὃν — πολιτεύονται (dico autem ἴδιον sc. νόμον, secundum quem in unaquaque republica versantur), Rhet. I, 10, 3.

Die zweite jener Eintheilungen findet ſich ſowohl in Bezug auf den νόμος, wie auf das δίκαιον, z. B. Rhet. I, 14, 7. ausgeſprochen. Sie wird insbeſondere in Rhet. I, 10, 3. in eine innere Verbindung mit der Eintheilung in das κοινόν und ἴδιον geſetzt, indem jenes mit dem ἄγραφον, dieſes mit dem γεγραμμένον identificirt wird, und dem entſprechend wird auch in Rhet. I, 15, 6. 25. der κοινὸς νόμος, ſowie in Rhet. ad Alex. 1, 4. der ἄγραφος καὶ κοινὸς νόμος in den unmittelbaren Ge-

genſatz zum γεγραμμένος geſtellt. Das Letztere erſcheint hierbei als dasjenige Recht, welches erſt im Momente ſeiner Conſtituirung durch legislative Satzung in's Leben tritt und zum Daſein gelangt, während das ἄγραφον dasjenige Recht iſt, welches unabhängig von legislatoriſcher Niederſchrift exiſtirt und bereits vor dieſer ſeiner etwaigen Conſtituirung als poſitives Recht von Vorn herein gegeben war, daher dieſes ἄγραφον zugleich ein πρῶτον δίκαιον iſt [174]).

So nun erſcheinen nach Ariſtoteles das νομικόν, das γεγραμμένον, das ἴδιον und das ἀνθρώπινον nur als die verſchiedenen Merkmale und Beziehungen ein und der nämlichen Rechtsmaterie, während andrerſeits das φυσικὸν, das ἄγραφον, das κοινόν und das πρῶτον in entſprechender Weiſe die verſchiedenen Eigenſchaften ein und deſſelben δίκαιον vertreten, und, während alle dieſe verſchiedenen Begriffe je die nämliche Sphäre umſpannen, ſo beruht dieſe Verſchiedenheit ſelbſt nur darauf, daß je nach dem leitenden Geſichtspunkte eine verſchiedene Seite des nämlichen Körpers in's Auge gefaßt wird.

Jenes νομικόν oder ἴδιον oder γεγραμμένον δίκαιον wird nun wiederum ebenſo wie der entſprechende νόμος, nach der Form ſeiner äußeren legislativen Erſcheinung in ein γεγραμμένον und ἄγραφον zerlegt [175]), welches letztere dann wieder-

174) Eth. Nic. V, 9, 12.

175) Die Eintheilung des Rechtes in ein γεγραμμένον und ἄγραφον hat ſonach bei Ariſtoteles eine doppelte Bedeutung: einmal inſofern ſie Unterabtheilung des νομικόν iſt, ſodann inſofern ſie Oberabtheilung des geſammten δίκαιον iſt. In der erſteren Beziehung bildet die formelle Kundgebung des Rechtes den Eintheilungsgrund und hier nimmt dann die ſich ergebende Eintheilung den rein grammaticaliſchen Sinn an, den wir bereits bei Plato fanden (§. 22 Note 138) und der ihr in den Quellen des römiſchen Rechts als jus scriptum und non scriptum überwiegend inwohnt (vergl. Schilling, Inſt. §. 10 Note e und dazu Quint. J. O. XII, 3, 6. 7.); dagegen in der letzteren Beziehung bildet die letzte Quelle des Rechtes, nach ihrer formalen Beſchaffenheit aufgefaßt, den Eintheilungsgrund, und dann nimmt ſie den ähnlichen Sinn an, den ſie bei Socrates hat, und der in mehrfachen Spuren auch in den römiſchen Rechtsquellen ſich angedeutet findet, ſo bei Cicero de Leg. II, 10, 4. und pr. Mil. 4, 10., ingleichen bei Justinian in Nov. 74. c. 1., 89. c. 1. pr., c. 9. pr. Dennoch hat ſich bereits Ariſtoteles von einer Vermiſchung beider Eintheilungen nicht ganz frei erhalten; vergl. namentlich Rhet. ad Alex. 1, 4.

um aus zwei Theilen beſteht, nämlich dem ἐπιεικές und dem Gebote der Sitte und gemeinen Meinung. Dem letzteren fällt z B. anheim die der hervorragenden Tugend, wie Schlechtigkeit zu Theil werdende Vergeltung [176]), während das ἐπιεικές das durch den legislatoriſchen Gedanken gegebene ungeſchriebene Supplement zum geſchriebenen νόμος repräſentirt.

Das φύσει δίκαιον, wie der νόμος, auf den es ſich ſtützt, iſt in letzter Quelle eine Ordnung Gottes ſelbſt. Denn es beruht in der φύσις als eine Immanenz derſelben: die Einrichtung und Erhaltung der φύσις geht aber von Gott aus; und als δίκαιον iſt es ein Theil des ἀγαθόν: das Gute und Schöne aber iſt Gott, daher auch der Inbegriff und Urquell des Rechten [177]). Indem nun das Geſetz des Rechtes der φύσις ſelbſt einverleibt iſt, ſo wird es nun Gegenſtand der verſtandesmäßigen Erkenntniß für den Menſchen und offenbart ſich dem λόγος, allein, da zur Erkenntniß alles ἀγαθόν nur der moraliſch vollendete, der ὀρθὸς λόγος befähigt, nur dem φρόνιμος. Gleichwie daher das φύσει δίκαιον von Vorn herein als ausſchließliches Eigenthum des φρόνιμος in unmittelbarer geiſtiger Anſchauung und Erkenntniß beruht, ſo bedarf es für dieſen auch keines äußeren Zwanges, ſondern herrſcht durch die innere Kraft ſeiner Wahrheit, ja erkennt eine poſitive Satzung neben ſich gar nicht an [178]). Allein da in dieſer rein überſinnlichen Exiſtenz das φύσει δίκαιον nur dem φρόνιμος erkennbar und bewußt iſt, ſo bedarf es für alle übrigen Menſchen einer Verkündigung. Deßhalb offenbaren die moraliſch Weiſen den Unvollkommenen jenes Gebot der φύσις, und deßhalb

176) Rhet. I, 13, 2. 11. 12. Vergl. auch Polit. III, 11, 6.

177) Vergl. auch Eth. Nic. V, 7, 3.

178) Vergl. Andron. Rhod. Paraphr. in Arist. Eth. Nicom. V, 10. p. 182. ed. pr.: παρ' ἀνθρώποις, τοῖς τε ὀρθῶς καὶ ὑγιῶς ἔχουσιν, ἐστὶ δίκαιον ἀκίνητον ὃ φυσικὸν λέγεται· εἰ δὲ τοῖς νοσοῦσι τὰς φρένας καὶ διεστραμμένοις οὐ δοκεῖ δίκαιον· οὐδὲν διαφέρει· οὐδὲ γὰρ ὁ λέγων τὸ μέλι γλυκὺ εἶναι ψεύδεται, διότι τοῖς νοσοῦσιν οὐ τοιοῦτον δοκεῖ (hominibus, qui recte quidem saneque habent, jus est insuperabile, quod φυσικόν dicitur; aegrotis vero intelligentia atque perturbatis jus non videtur. Sed nihil refert; nullum enim is, qui mel dulce esse dicit propterea mentitur, quod aegrotis tale esse non videtur). Vergl. Polit. III, 8, 2.

iſt auch im gemeinen Leben dies φύσει δίκαιον durch das poſitive Geſetz mit einem äußeren Zwange bewaffnet [179]).

Auf jenem höheren Urſprunge des φύσει δίκαιον beruht es, daß daſſelbe an ſich mit dem ἁπλῶς δίκαιον durchgehends übereinſtimmt, wie auch als das vorzüglichere Rechtselement erſcheint und eine ganz beſondere innere Macht und Kraft in ſich trägt. Ihm ſteht am Nächſten das ἐπιεικές, welches zwar nicht vorzüglicher als das ἁπλῶς δίκαιον, aber doch vollkommener iſt als das γεγραμμένον (als Theil des ἴδιον δίκαιον [180]); denn die Aufgabe dieſes Rechtsgeſetzes beſteht nur darin, in detaillirenden und zeitweiligen Beſtimmungen die Vorſchriften des Geſetzes des ἁπλῶς δίκαιον und des φύσει δίκαιον näher zu beſtimmen und weiter auszuführen [181]), daher es auch der Veränderung unterliegt und je bei den verſchiedenen Völkern anders lautet. Sobald jedoch dieſes γεγραμμένον, der Wahrheit und Gemeinnützigkeit bar, die Aufgabe des Rechtes überhaupt nicht erfüllt, ſo trägt es auch deſſen Character nur durch Erſchleichung an ſich, daher es im Zwieſpalte mit dem κοινὸν δίκαιον und dem ἐπιεικές ſtets dieſem weichen, und demgemäß der gute Bürger und Richter dieſe befolgen und unwandelbar beobachten muß, nicht jenes [182]).

§. 26.

Epikur.

Das ethiſche Syſtem des Epicurus, geb. 412, geſt. 488 d. St., beruht auf folgenden Sätzen:

Die Begriffe von gut und bös ſtützen ſich in natürlicher Anordnung der Dinge auf die Empfindungen [183]): nur die angenehme Empfindung (ἡδονή) iſt ein Gut, und iſt die Grundlage der Glückſeligkeit, daher Ziel eines Jeden, der nach die-

179) Vergl. Eth. Nic. X, 9, 3—12.

180) Eth. Nic. V, 10, 6.

181) Eth. Nic. V, 7, 1. 5. Vergl. 5, 11. 6, 4.

182) Rhet. I, 15, 4. 6—8.

183) πᾶν ἀγαθὸν καὶ κακὸν ἐν αἰσθήσει; Diogen. Laert. X, 124. und 137. Cic. de Fin. I, 9. 10.

ſer ſtrebt [184]). Die ἡδονή ſelbſt iſt zwar eine doppelte: die bewegte, ἡδονὴ ἐν κινήσει, und die leidenſchaftsloſe, ἡδονὴ καταστηματική, allein nur die letztere iſt ἡδονή in höchſter Vollkommenheit, welche die wahre Glückſeligkeit erzeugt [185]). Der Zuſtand wahrer und vollkommener Glückſeligkeit iſt daher ein leidenſchaftsloſes Wohlbehagen, welches bedingt iſt ſowohl durch die beſchehene Befriedigung der Begierde, wie durch die Abweſenheit des Schmerzes, ἀταραξία καὶ ἀπονία [186]).

Die Tugend, wie Kunſt und Wiſſenſchaft dienen zur Erreichung der Glückſeligkeit und dies allein bedingt ihren, ſomit nur relativen Werth; daher haben auch die einzelnen Tugenden lediglich als Mittel zur Erlangung der ἀταραξία einen Werth: die Klugheit, φρόνησις, die Mutter aller Tugenden, und die Mäßigkeit, αὐτάρκεια [187]), wie die Gerechtigkeit, δικαιοσύνη. Demgemäß ſtehen auch das ἡδέως und das φρονίμως καὶ καλῶς καὶ δικαίως ζῆν, welches die φρόνησις lehrt, in nothwendigem Wechſelzuſammenhange [188]). So iſt auch das Recht nur Mittel zur ἡδονή, der es in der Weiſe dient, daß es die ruheſtörenden Verletzungen fern hält. Indem nun Epikur das Recht zugleich auf einen Vertrag der Betheiligten zurückführt, ſo iſt ihm daſſelbe der natürlichen Ordnung zufolge eine auf Vertrag beruhende Norm, welche durch das gemeinſchaftliche Intereſſe der Zuſammenlebenden geboten iſt, die active, wie paſſive Verletzung des Einzelnen zu verhüten:

τὸ τῆς φύσεως δίκαιον [189]) ἔστι σύμβολον τοῦ συμφέροντος εἰς τὸ μὴ βλάπτειν ἀλλήλους μηδὲ βλάπτεσθαι (justum

184) πᾶς οὖν ἡδονὴ ἀγαθόν Diogen. Laert. X, 129. τὴν ἡδονὴν ἀρχὴν καὶ τέλος εἶναι τοῦ μακαρίως ζῆν. Diogen. cit. §. 128. 130. 137.

185) Diogen. Laert. X, 136.

186) Diogen. Laert. X, 128. 131. Cic. de Fin. I, 11. Gell. N. A. IX, 5.

187) Diogen. Laert. X, 130—133.

188) Diogen. Laert. X, 132. 138. 140. Cic. de Fin. I, 18. Das καλῶς ζῆν entſpricht der αὐτάρκεια, hat alſo hier einen weit engeren Begriff als ſonſt in der Philoſophie.

189) Aus dieſem δίκαιον τῆς φύσεως hat man wohl ein φύσει δίκαιον machen und daſſelbe für ein Naturrecht im Gegenſatze vom poſitiven Rechte erklären wollen. Dieſe Auffaſſung wird durch Epikur ſelbſt, namentlich nach Diogen. Laert. X §. 150 auf das Unzweifelhafteſte widerlegt. Vielmehr

natura est utilitatis pactum ut neque invicem laedamus nos nec laedamur). Diogenes Laert. X, 150. vergl. §. 151—153.

Alles Recht erſcheint daher als poſitive Satzung und ſeine Kraft beruht zunächſt auf dem der rechtserzeugenden Thätigkeit zu Grunde liegenden Conſenſe der Paciscenten. Allein auch dieſer Conſens allein begründet noch nicht ausſchließlich die Herrſchaft des Rechtes, vielmehr iſt es auch ſein Verhältniß als Mittel zu jenem ſeinem allgemeinen Zwecke, ſeine Tauglichkeit nämlich zur Beförderung jenes gemeinſchaftlichen Intereſſe, welche ſeine Kraft bedingt. Daher mangelt der Character des Rechtes derjenigen Norm, welche jenem gemeinſamen Intereſſe nicht dient:

ἐάν τε νομοθετῆται τι, μὴ ἀποβαίνῃ δὲ κατὰ τὸ συμφέρον τῆς πρὸς ἀλλήλους κοινωνίας, οὐκέτι τοῦτο τὴν τοῦ δικαίου φύσιν ἔχει (quod si quid lege sanciatur, non autem proveniat inde commoditas mutuae societatis, non jam hoc justi naturam habet). Diogen. Laert. X §. 150.

Sobald daher die beſtehende Satzung jenem practiſchen Intereſſe fremd iſt, iſt ſie nicht Recht, bis etwa neu entſtehende Rückſichten dieſes Intereſſe erzeugen, während andrerſeits ſie aufhört, Recht zu ſein, ſobald das zeitweilig vorhandene practiſche Intereſſe wieder wegfällt [190]).

Ebenſo iſt das Recht denkbar nur zwiſchen den lebenden Weſen, welche einen Vertrag jenes Inhaltes abzuſchließen vermögen, daher nicht gegenüber unfreien Völkern [191]), noch gegenüber Sclaven und Thieren.

Das Recht zerfällt nun in das κοινὸν δίκαιον, welches allen überhaupt Rechtsfähigen als die nämliche Norm gilt, weil jenes practiſche Intereſſe allenthalben gleichmäßig die nämliche

---

beruht auf der φύσις lediglich der Zweck und die Aufgabe des Rechtes, in keiner Weiſe aber deſſen Inhalt. Daher ſteht nach Epikur dasjenige Recht in einer Beziehung zur φύσις, welches jenen Zweck erfüllt, und hierauf allein beruht jene Bezeichnung. Seinem Inhalte nach fällt dagegen alles Recht der menſchlichen Einrichtung anheim.

190) Diogen. Laert. §. 152. 153. (Nro. 40. 41. der κυρίαι δόξαι). Man ſieht, daß die modernen Vertheidiger des Satzes: cessante ratione legis, cessat lex ipsa, bereits in Epikur ihren Vorgänger hatten.

191) Diogen. Laert. X, 150 (Nro. 34. der κυρ. δοξ.)

Satzung erfordert, und in das ἴδιον δίκαιον, unter welchem ebenſowohl das in territorialer Beziehung particuläre Recht, das jus proprium oder civile, als auch das rückſichtlich der Rechtsſachen beſondere Recht, das jus singulare, verſtanden wird. Bei dieſem ἴδιον δίκαιον iſt die nationale Auffaſſung des practiſchen Intereſſes und die beſondere Natur der Verhältniſſe maaßgebend:

κατὰ τὸ κοινὸν πᾶσι τὸ δίκαιον τὸ αὐτό· συμφέρον γάρ τι ἦν ἐν τῇ πρὸς ἀλλήλους κοινωνίᾳ. κατὰ δὲ τὸ ἴδιον, χώρας καὶ ὅσων δήποτ' αἰτιῶν, οὐ πᾶσι συνέπεται τὸ αὐτὸ δίκαιον εἶναι. (Secundum κοινὸν δίκαιον omnibus jus idem est; utilititatis enim aliquid confert in mutua societate; secundum ἴδιον autem: et regionis et quarumcumque causarum, non omnibus idem consequitur esse); Diog. Laert. X, 151. Nro. 38. der κυρ. δοξ. Vergl. κύρια δόξα 39. in §. 152.

Da nun das Recht überhaupt erſt durch Vertrag und durch ſeine Gewährung des Schutzes vor Verletzung entſteht, ſo iſt hierdurch auch die Gerechtigkeit bedingt, daher eine ſolche von Born herein als natürliche gar nicht exiſtirt, vielmehr erſt mit der Conſtituirung des lediglich poſitiven Rechtes entſteht:

οὐκ ἦν τι καθ' ἑαυτὸ δικαιοσύνη, ἀλλ' ἐν ταῖς μετ' ἀλλήλων συστροφαῖς, καὶ ὁπηλίκους δήποτ' ἀεὶ τόπους συνθήκη τις ὑπὲρ τοῦ μὴ βλάπτειν μηδὲ βλάπτεσθαι (justitia nihil per se est, verum in contractibus mutuis quibuslibet locis foedus aliquod initur, ut non laedamus neque laedamur). Diogen. Laert. X, 150. κυρ. δοξ. 35.

Da nun aber der Nutzen des Individuum mitunter etwas Anderes erfordern kann, als das Geſetz vorſchreibt, ſo iſt in ſolchem Falle auch die Beobachtung des Geſetzes nicht Poſtulat der Gerechtigkeit, vielmehr iſt diesfalls die Geſetzesübertretung und Widerrechtlichkeit an und für ſich durchaus nichts Böſes. Allein dennoch wird ſie dies durch die ſie begleitende Furcht vor Entdeckung, gegen welche es keine vollſtändige Sicherheit giebt, wie durch die hiermit verbundene Angſt vor der Strafe, welche die Geſetzesübertretung bedroht. Denn alle Furcht iſt ein κακόν, weil ſie die ἀταραξία aufhebt, und dies, nicht aber die Liebe für die Gerechtigkeit, als ein an ſich ſchätzenswerthes Gut, iſt das Motiv, welches den Weiſen die Gerech-

tigkeit üben läßt [192]). Dies iſt der Grund, daß der δίκαιος auch am Vollkommenſten im Zuſtande der ἀταραξία, der ἄδικος dagegen im Zuſtande der Unruhe und Beſorgniß ſich befindet [193]).

§. 27.

Stoiker.

Den Schlußſtein der ethiſchen Philoſophie Griechenlands bildet das Lehrſyſtem der Stoiker, einer Schule, deren Vertreter wir weniger als ſcharfſinnige Philoſophen und conſequente Denker, denn vielmehr als beredte Verkündiger einer veredelten und erhabenen Sittenlehre zu bewundern haben. Denn weder haben die Stoiker für die theoretiſche Philoſophie ein irgendwie Erhebliches geleiſtet, noch vermochten ſie bezüglich der practiſchen Philoſophie ein neues Syſtem ihren moraliſchen Wahrheiten zu unterbreiten, indem vielmehr aus den Lehren der Früheren, des Heraclit, wie Socrates, der Cyniker, wie Megariker, des Plato, wie Ariſtoteles das Material zu den wiſſenſchaftlichen Subſtructionen der Ethik entnommen wurde. Wohl aber übertreffen die Stoiker in den Ausführungen ihres Syſtemes das geſammte griechiſche Alterthum an hoher ſittlicher Würde, die in den überlieferten Bruchſtücken ihrer Litteratur uns allenthalben entgegentritt, und uns erkennen läßt, wie ihnen vornämlich es gelang, der Erkenntniß der moraliſchen Aufgabe des Menſchen am Vollkommenſten ſich anzunähern. Hierdurch, ſowie insbeſondere durch das Dogma einer ethiſchen Gemeinſchaft der geſammten Menſchheit erſcheint die ſtoiſche Lehre verwandt, ja als unmittelbare Vorläuferin des Chriſtenthumes [194]), eine Thatſache, welche vornämlich die Erſcheinung

192) Diogen. Laert. X, 151. κυρ. δοξ. 36. 37. Cic. de Rep. III, 16. Dieſe ganze Argumentation iſt den Cyrenaikern entlehnt.

193) Diogen. Laert. X, 144. κυρ. δοξ. 16.

194) Auf jene Lehre von der ethiſchen Gemeinſchaft der geſammten Menſchheit wird in §. 46 ausführlicher zurückzukommen ſein. Im Verhältniſſe zum Chriſtenthum weiſen wir der ſtoiſchen Philoſophie einen allgemeinen präparatoriſchen Einfluß zu. Daneben kommt in Betracht der beſondere Einfluß dieſer Philoſophie auf die Lehrvorträge einzelner Apoſtel, der namentlich in der Logos-Lehre zu Tage tritt. Denn Evang. Joh. C. 1. V. 1—4. iſt dem Ausdrucke nach rein ſtoiſch, obgleich der Sinn der Worte

erklärt, wie trotz der wesentlichsten Mängel jenes Systems und trotz der vielseitigen und heftigen Angriffe auf dasselbe, dennoch die stoische Philosophie zu dem höchsten Ansehen in dem späteren Alterthume gelangte.

Die betreffenden Lehren dieser Schule, als deren Stifter Zeno aus Cittium, geb. um 414, gest. um 494. d. St., und als deren zweiter Begründer Chrysippus aus Soli, gest. um 546 d. St., genannt werden, lauten dahin:

Die Objecte der Vorstellung und Erkenntniß, welche in die θεῖα und ἀνθρώπινα zerfallen, bilden in ihrer Gesammtheit den Gegenstand des menschlichen Wissens, der σοφία, indem diese die θεῶν καὶ ἀνθρωπίνων ἐπιστήμη, die divinarum atque humanarum rerum notitia ist. Die Disciplin dieses Wissens ist die Philosophie, die Fertigkeit in demselben die ἀρετή. Gleich wie nun jene Gesammtheit der Dinge einem dreifachen wissenschaftlichen Gebiete anheim fällt, dem φυσικόν, ἠθικόν und λογικόν, so sind auch Philosophie, σοφία und ἀρετή dreifältig: eine physische, logische und ethische, deren letztere die Vorschriften für das menschliche Leben: τὸ κατασχολημένον περὶ τὸν ἀνθρώπινον βίον umfaßt [195]), und selbst wieder auf physiologischen Voraussetzungen beruht.

Alles Seiende nämlich, σῶμα, beruht auf zwei Principien: dem Leidenden, der Materie, und dem Wirkenden, Gott. Gott aber wird gedacht als ein Geist, dessen einziges Vermögen eine intellectuelle Kraft, das λογιστικόν bildet, daher in psychologischer Beziehung Gott nur ein λόγος ist, und λόγος und Gott vollkommen gleichbedeutend sind. Da nun, in Umkehrung jenes ersten Satzes, ein σῶμα Alles ist, worin jenes doppelte Princip sich offenbart, so ist jedes σῶμα zugleich ein Sitz Gottes. Σῶμα aber ist Alles außer dem leeren Raum, dem Orte, der

---

im Munde des Apostels nothwendig eine Transsubstantiation erfährt. Jene Verbindung ist dabei als eine unmittelbare, und nicht durch Philo Alexandrin. vermittelte anzusehen, da bei diesem der λόγος bereits eine veränderte Beziehung zum θεός erhält. Die neueste Untersuchung dieser Frage findet sich bei Hölemann, de Evang. Joan. introitu. Lips. 1855. p. 33. sq.

195) Plut. de plac. phil. I, pr. de Stoic. repugn. IX, 2. Diogen. Laert. VII, 39. 40. Senec. Ep. 89. Cic. Acad. I, 10.

Zeit und dem Gedanken oder dem Ausſprechbaren [196]). Daher durchdringt Gott gleich als geiſtiger Hauch die Welt und die geſammte Natur, das ὅλον (nur uneigentlich auch πᾶν genannt), daſſelbe belebend, beſeelend, vergeiſtigend. Gott iſt daher eine Immanenz der Natur: deren Geiſt; die Natur aber gleicht dem Körper, in welchem der Geiſt räumlich allgegenwärtig anweſend iſt [197]).

Der Gang der Natur regelt ſich, oder, was daſſelbe beſagt, Gott regiert die Welt nach einem ordnenden Geſetze, welches der Gottheit ſelbſt inliegt als das erſchöpfende Product von deſſen λόγος. Indem daher Gott die Welt durchdringt, durchſtrömt in und mit ihm auch dieſes Geſetz ſelbſt die Welt; daher iſt die Natur imprägnirt von dem räumlich anweſenden Geſetz: dem νόμος ὁ κοινός, νόμος πάντων [198]), welches, weil es die geſammte geiſtige Thätigkeit Gottes abſorbirt, ſelbſt als θεός oder λόγος aufgefaßt wird. Dieſer νόμος iſt Geſetz alles Seienden, der θεῖα, wie ἀνθρώπινα, daher zugleich Norm aller ἀρετή, Inhalt der σοφία und Gegenſtand der φιλοσοφία, und Geſetz ebenſowohl des φυσικόν und λογικόν, wie ἠθικόν [199]).

Als ethiſches Geſetz enthält dieſer νόμος, oder λόγος, oder θεός die Vorſchrift der Lebensregel für den Menſchen und vornämlich in dieſer Beziehung qualificiren ſich ſeine Gebote zum ἀγαθόν, oder καλόν, zum bonum oder honestum [200]). So wohnt das ethiſche Geſetz der Natur inne, als einige und abſolute Norm, welche, erhaben über Raum und Zeit, unabhängig von menſchlicher Satzung, gleichmäßig allen Menſchen die Regel des Guten und Böſen iſt:

---

196) Vergl. Strümpell, l. c. §. 147.

197) Plut. plac. phil. I, 7, 17. de Stoic. repugn. XXXVIII — XL. de Comm. not. XXXI. Stob. Ecl. Phys. I. p. 64. 322. 538. Heer. Sext. Emp. adv. Math. IX, 101. Bekk. Diogen. Laert. VII, 134. 136. 139. 147. 148. 150. 156. Cic. de N. D. I, 14. 15. II, 9. 22. III, 14. Acad. I, 11. II, 41.

198) Cic. de N. D. I, 14. Diogen. Laert. VII, 148. Stob. Ecl. Phys. I. p. 178.

199) Vergl. Plut. de Stoic. Repugn. IX. XXXIV. XXXV. de Comm. not. XI §. 4. Cic. de Off. III, 12, 52. Weil der νόμος Inhalt der σοφία iſt, heißt derſelbe auch: ὁ τοῦ σοφοῦ λόγος, Plut. de Stoic. rep. XI, 7.

200) Cic. Acad. I, 10. de Fin. III, 6. 8. Sext. Emp. adv. Math. XI, 30. Diogen. Laert. VII, 100. 101.

Zeno autem naturalem legem divinam esse censet eamque vim obtinere recta imperantem prohibentemque contraria; Cicero de N. D. I, 14.

— — ἀπαγορεύειν εἰωθεν ὁ νόμος ὃ κοινὸς, ὅσπερ ἐστὶν ὁ ὀρθὸς λόγος διὰ πάντων ἐρχόμενος, ὁ αὐτὸς ὢν τῷ Διὶ καθηγεμόνι τούτῳ τῆς τῶν ὅλων διοικήσεως ὄντι (prohibere solet lex communis, quae est recta ratio in omnes diffusa nihil distans a Jove, hoc principe gubernationis omnium quae sunt); Diogen. Laert. VII, 88. nach Zeno.

ὁ νόμος πάντων ἐστὶ βασιλεὺς θείων τε καὶ ἀνθρωπίνων πραγμάτων. Δεῖ δὲ αὐτὸν προστάτην εἶναι τῶν καλῶν καὶ τῶν αἰσχρῶν, καὶ ἄρχοντα, καὶ ἡγεμόνα, καὶ κατα τοῦτο κανόνα τε εἶναι δικαίων καὶ ἀδίκων καὶ τῶν φύσει πολιτικῶν ζῴων, προστακτικὸν μὲν ὧν ποιητέον, ἀπαγορευτικὸν δὲ ὧν οὐ ποιητέον (Lex communis est divinarum et humanarum rerum regina. Oportet autem eam esse praesidem et bonorum et malorum, et principem et ducem esse, et secundum hoc regulam esse juris et injuriae ipsorum naturali societate conjunctorum animantium, praecipientem quid faciendum, vetantem quid omittendum sit); Chrysipp. de lege bei Marcian. lib. I. Inst. (l. 2. D. de legg. 1, 3.); Vergl. §. 54.

Legis perpetuae et aeternae vim, quae quasi dux vitae et magistra officiorum sit, Jovem dicit esse (Chrysippus); Cic. de Nat. D. I, 15.

τὸν δὲ νόμον σπουδαῖον εἶναί φασι (sc. οἱ Στωϊκοί), λόγον ὀρθὸν ὄντα προστακτικὸν μὲν τῶν ποιητέον, ἀπαγορευτικὸν δὲ τῶν οὐ ποιητέον [201]) (legem quoque existimant Stoici bonum esse, cum sit recta ratio, praecipiens quid faciendum, vetans quid omittendum sit); Stob. Ecl. Eth. II. p. 190. Heer. u. Serm. 44, 12. Gaisf.

Hanc igitur video sapientissimorum (i. e. Stoicorum) fuisse sententiam, legem neque hominum ingeniis excogitatum nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia. Ita

201) Heeren zieht beidemal die Lesart ποιητέων vor, was durch die Lesart der Sermon. des Stobaeus, der Pandecten, wie auch des Philo de Joseph. p. 414. (vergl. §. 48. Note 362.) widerlegt wird.

principem legem illam et ultimam, mentem esse dicebant omnia ratione aut cogentis aut vetantis Dei; Cic. de Leg. II, 4, 8.[202]).

Wie dies Geſetz die geſammte Natur, die κοινὴ φύσις, als deren λόγος durchſtrömt, ſo dringt es auch in deren einzelne Theile ein und ſo auch in den Menſchen, indem es auf das intellectuelle Vermögen der Seele, auf das λογιστικόν oder den λόγος der Menſchen einwirkt. Dieſer λόγος, dem die Führung der Seele als deren ἡγεμονικόν zuſteht, gleicht nämlich bei der Geburt des Menſchen der leeren Tafel, der Eindrücke empfänglich, aus denen die Vorſtellungen hervorgehen[203]). Alle wahren Vorſtellungen, φαντασίαι, ſind aber in der That auch mechaniſche Eindrücke, τύπωσεις ἐν ψυχῇ, welche die Seele von den σώματα als deren Bilder empfängt und aufnimmt, daher καταληπτικαὶ φαντασίαι genannt, ſei es daß das Bild durch Vermittelung der Sinne, κατάληψις αἰσθήσει, oder unmittelbar, κατάληψις λόγῳ, zum λόγος gelangt[204]). Sobald daher der Gegenſtand ſelbſt der Vorſtellung wahr iſt, bedarf es zur Richtigkeit der Anſchauung und der daraus hervorgehenden Vorſtellung nur des richtigen, d. i. geſunden λόγος, des ὀρθὸς λόγος, daher die Criterien der Wahrheit die φαντασία καταληπτική und der ὀρθὸς λόγος ſind[205]).

Auf dem Wege ſinnlicher Wahrnehmung gelangt nun der Menſch zur Erkenntniß des κοινὸς νόμος[206]), daher dieſer in

202) In Bezug auf die obigen Stellen ſ. auch §. 37. Note 264.

203) Plut. Plac. phil. IV, 3—5. 7—21. Stob. Ecl. Phys. I. p. 190 sq. 836. 874—878. Diogen. Laert. VII, 151. 156—159. Cic. Tusc. I, 9. de N. D. III, 14. Tertull. de anim. c. 14.

204) Dies iſt die Lehre des Chryſipp; Zeno erkannte nur die durch die Sinne vermittelte Vorſtellung an; vergl. Plut. Plac. phil. IV, 11. Sext. Emp. adv. Math. VII, 227 sq. 401 sq. Diogen. Laert. III, 45. 46. 49—51. Nemes. de Nat. hum. c. 6. Cic. Acad. I, 11. II, 6. 24. Gell. N. A. XIX, 1.

205) Diogen. Laert. VII, 54. Daher fallen in dem ὀρθὸς λόγος zuſammen: 1) das intellectuelle Vermögen (als geſunde Vernunft); 2) der Act der Thätigkeit dieſes Vermögens (als richtige Erkenntniß); 3) die jenem Vermögen eingedrückte Vorſtellung (als Vorſtellung des Richtigen); und dies iſt die dreifache Bedeutung, welche verbunden, wie jede beſonders durch den Ausdruck ὀρθὸς λόγος, wie in entſprechender Weiſe durch den λόγος vertreten wird.

206) Chrysipp lib. 1. de Fine bei Plut. de Stoic. rep. XIX. und de

der That eine durch die geſunde Vernunft gebotene, Allen gemeinſame richtige Vorſtellung, ein ὀρθὸς λόγος διὰ πάντων ἐρχόμενος iſt[207]).

Da nun die geſammte Natur das Behikel des göttlichen Geſetzes, der Menſch ſelbſt aber Theil der κοινὴ φύσις iſt, andrerſeits auch die Organiſation des Menſchen der Conſtruction der Natur und dem Geſetze Gottes entſpricht und harmonirt[208]), ſo concentrirt ſich die Geſammtheit der ethiſchen Gebote in der Formel: ὁμολογουμένως ζῆν, oder, nach Späteren: ὁμολογουμένως τῇ φύσει ζῆν, ὁμολογεῖν τῇ φύσει, harmoniſch zu leben, ſei es mit der Natur oder mit Gott, ſei es mit der eigenen Organiſation, harmoniſch alſo mit dem Geſetze Gottes. Dieſe ὁμολογία, welche anzuſtreben bereits in dem Naturtriebe des Menſchen begründet iſt[209]), bildet das letzte Ziel des Menſchen; ſie führt zur ethiſchen Tugend und σοφία, und mit ihr allein iſt die Eudämonie verknüpft[210]). Die dieſe ὁμολογία begründenden Handlungen ſind die κατορθώματα oder καθήκοντα τέλεια oder πράξεις τέλειαι, während ihren Gegenſatz die ἁμαρτήματα bilden. Die κατορθώματα allein entſprechen dem ἀγαθόν und καλόν und ſind ſelbſt ein ſolches, wogegen die ἁμαρτήματα dem κακόν und αἰσχρόν anheimfallen. Zwiſchen beiden Extremen ſteht das ἀδιάφορον, d. i. die Qualität derjenigen Objecte des Begehrens, die, ohne gut oder ſchlecht zu ſein, einen lediglich relativen Werth haben, und für die Eudämonie gleichgültig ſind. Dennoch unterliegen auch die ἀδιάφορα

Comm. not. IX, 2. Weßhalb Chryſipp eine ſinnliche Wahrnehmung annahm, iſt nicht recht erſichtlich.

207) Diogen. Laert. VII, 88, 128. Vergl. auch Posidonius bei Senec. Epist. LXXI.

208) Plut. de Comm. not. XXXVI, 5.

209) Cic. de Fin. III, 5. Diogen. Laert. VII, 90. 92. 93.

210) Plut. de Comm. not. IV, 1. V. XVII, 9. 13. Stob. Ecl. Eth. II, p. 90 sq. 132—134. 138—140. Diogen. Laert. VII, 87—89. Clemens Alexandr. Strom. II. p. 416. Cic. de Fin. III, 5—7. Acad. I, 10. II, 45. Paradox. 3. de Off. III, 3. Senec. Epist. XX. XXXI. Cicero überſetzt ὁμολογία mit convenientia, de Fin. III, 5. 6. Ueber jene Formel vergl. Krug, Geſch. der Philoſ. §. 127. Note, Tennemann, Geſch. der Philoſ. IV. p. 77 sq. Stäudlin, Geſch. der Moralphiloſ. p. 297 sq. Beier, Exc. III. ad Cic. de Offic. III.

noch einer Werthſchätzung, welche einerſeits das Vorzügliche, προηγμένον, andererſeits das Verwerfliche, ἀποπροηγμένον ergiebt, und zwiſchen dieſen Beiden das vollkommen Neutrale als die Mitte übrig läßt. Und gleich wie dem ἀγαθόν die κατορθώματα, ſo entſprechen dem προηγμένον, als demjenigen, welches einen Werth um deßwillen gewinnt, weil es zum ὁμολογουμένως ζῆν mit beiträgt, die καθήκοντα oder καθήκοντα μέσα, d. h. diejenigen Handlungen, welche ohne moraliſch gut oder ſchlecht zu ſein, doch geziemend ſind, weil ein vernunftmäßiger Grund für ſie vorhanden iſt[211]).

Ἀγαθόν und κακόν, wie ἀρετή und κακία ſind nun je nach den verſchiedenen Richtungen, in denen ſie ſich kundgeben, vierfältig, nämlich, was das ἀγαθόν betrifft: das δίκαιον, ἀνδρεῖον, κόσμιον und ἐπιστημονικόν, denen als Tugenden die δικαιοσύνη, ἀνδρεία, σωφροσύνη und φρόνησις entſprechen. Die φρόνησις iſt das Wiſſen des Guten und Böſen, daher die Grundlage aller Tugenden; dagegen die übrigen Tugenden beſtehen in der Wahl des Guten theils im Erſtreben und Erdulden (ἀνδρεία), theils im Nehmen und Enthalten (σωφροσύνη), theils im Zuertheilen der Dinge (δικαιοσύνη). Alle Tugenden aber

---

211) So ergiebt dieſe Werthſchätzung der Objecte des Begehrens folgende Stufenleiter; 1) das ἀγαθόν oder καλόν, bonum oder honestum; 2) das προηγμένον, aestimabile oder productum oder promotum oder praecipuum; 3) das was weder προηγμένον, noch ἀποπροηγμένον, vielmehr neutrum iſt, eine beſondere Benennung aber nicht gefunden zu haben ſcheint; 4) das ἀποπροηγμένον, remotum oder rejectum; 5) das κακόν oder αἰσχρόν, malum oder turpe. Von ihnen fallen 2. 3. und 4. unter das ἀδιάφορον, indifferens. Dem ἀγαθόν entſprechen die κατορθώματα oder καθήκοντα τέλεια, die recta, recte facta, officia recta oder perfecta; dem προηγμένον entſprechen die καθήκοντα, oder καθήκοντα μέσα, die officia oder officia media; dem αἰσχρόν entſprechen die ἁμαρτήματα. Vergl. Stob. Ecl. Eth. II. p. 142 sq. Diogen. Laert. VII, 100—107. Plut. de Stoic. rep. X. XV, 10. XXVII. Cic. Acad. I, 10. de Fin. III, 6—8. 10. 14—16. IV, 25. 26. de Off. I, 3. III, 3. 4. ad Att. XVI, 11. u. 14. Gell. N. A. XII, 5. Vergl. Tennemann, Geſch. der Philoſ. IV. p. 90 sq. p. 106 sq. (Lehre Zeno's), p. 244 sq. (Lehre Cleanth's), p. 320 sq. 326 sq. (Lehre Chryſipp's); Stäudlin, Geſch. der Moralphiloſ. p. 321 sq.; Fries, Geſch. der Philoſ. I. p. 483 sq. Beier, Exc. III. u. IV. ad Cic. de Off. I. und die hierſelbſt gegebenen Citate. Vergl. endlich §. 37. zu Note 270 u. §. 38. zu Note 291.

ſind ſolidariſch verbunden, daher jede die anderen zur Folge hat, und keine ohne die andere beſteht[112]).

§. 28.

Fortſetzung.

(Stoiker.)

Das δίκαιον iſt der Inbegriff derjenigen Gebote des νόμος, welche die gegenſeitigen Beziehungen der Menſchen regeln[213]). Dieſe Beziehungen ſelbſt fallen unter den Begriff von Geſelligkeit und Verkehr und indem Ariſto Chius dieſes Merkmal als maaßgebend auffaßt, ſo definirt derſelbe die δικαιοσύνη als:

ἡ ἀρετὴ κοινωνήμασι καὶ συμβολαίοις ὁμιλοῦσα τοῖς πρὸς ἑτέρους (virtus ad mutua commercia et negotia spectans), Plut. de Virt. mor. II.

und übereinſtimmend hiermit erklären die Stoiker die οἰκείωσις, den geſelligen Verkehr, für den Ausgang der δικαιοσύνη[214]).

Der Modalität nach, in welcher innerhalb jenes Gebietes des geſelligen Verkehres das Recht ſich kundgiebt und wirkt, erſcheint ſodann daſſelbe als ein Zuertheilendes nach dem Verdienſte des zu Honorirenden, d. h. nach dem durch deſſen correlaten Anſpruch gegebenem Maaßſtabe, ein ἀπονεμητικὸν ἑκάστῳ τοῦ κατ' ἀξίαν[215]). Dieſen Moment faßten als weſentlich

212) Diogen. Laert. VII, 92—95. 100—102. 126—128. Plut. de Virt. mor. c. 2. u. 9. fin. de Stoic. rep. VII. XV. XXV. de Comm. not. XVI. XXVII. Stob. Ecl. Eth. II. p. 90—122.

213) Dieſe Begriffsbeſtimmung iſt uns nicht überliefert, ergiebt ſich aber aus der Definition der δικαιοσύνη. Einen weiteren und uneigentlichen Begriff läßt Chrysipp in de Demonstrat. bei Plut. de Stoic. rep. XVI, 4. erkennen, inſofern derſelbe das ἀδικεῖν für gleichbedeutend mit παρανομεῖν nimmt.

214) Plut. bei Porphyr. de abstin. III, 19.: τὴν δὲ οἰκείωσιν ἀρχὴν τίθενται δικαιοσύνης οἱ ἀπὸ Ζήνωνος.

215) Pseudoplut. de vit. et poës. Hom. c. 184.; vergl. c. 175: ὁ νόμος λέγεσθαι ἔοικεν ἀπὸ τοῦ νέμειν — — τὸ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ. Hiermit übereinſtimmend ſagt Cic. de Leg. I, 6, 19: legem illi Graeco putant nomine a suum cuique tribuendo appellatam. Der ſtoiſche Rechtsbegriff findet ſich auch bei Polyb. VI, 6, 10.: διανεμητικὸν εἶναι τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστοις, ſowie bei Athan. in Syn. 8. Ser.: ἡ δικαιοσύνη τὰ ἄξια ἑκάστοις ἀπονέμει; Oecumen. in Ep. Jac. c. 1: ἡ δικαιοσύνη ἕξις ἐν ψυχῇ τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ ἀπονεμητική; endlich auch in den in Note 216 u. 351 citirten Stellen.

Zeno, Cleanth und Chryſipp in's Auge und definiren dementſprechend die δικαιοσύνη als:

ἡ φρόνησις ἐν ἀπονεμητέοις (prudentia in distribuendis rebus); Zeno bei Plut. de Asie. rep. VII, 2.

ἡ ἰσχὺς καὶ τὸ κράτος περὶ τὰς ἀξίας (robur et vis circa suum cuique); Cleanth, bei Plut. de Stoic. rep, VII, 4.

ἡ ἐπιστήμη ἀπονεμητικὴ τῆς ἀξίας ἑκάστῳ (animi affectio suum cuique tribuens[216]) oder τὸ ἀπονεμητικῶς ποιεῖν; Diogen. Laert. VII, 126. Stob. Ecl. Eth. II. p. 102.

Endlich den Urſprung des Rechtes betreffend, ſo beruht daſſelbe auf dem κοινός νόμος und nimmt ſomit ſeinen Ausgang von Gott oder dem λόγος oder der φύσις, nicht aber geht es hervor aus dem Belieben und der Meinung der Menſchen: es iſt ein φύσει δίκαιον und als ſolches unveränderlich und zu allen Zeiten und Orten das Gleiche:

φύσει τὸ δίκαιον εἶναι καὶ μὴ δόσει, ὡς καὶ τὸν νόμον καὶ τὸν ὀρθὸν λόγον (natura esse jus, non opinione, sicuti et summam legem et rectam rationem); Chrysipp de Honestate bei Diogen. Laert. VII, 128. Stob. Ecl. Eth. II p. 184.

οὐ γάρ ἐστιν εὑρεῖν τῆς δικαιοσύνης ἄλλην ἀρχὴν, οὐδ' ἄλλην γένεσιν, ἢ τὴν ἐκ τοῦ Διὸς, καὶ τὴν ἐκ τῆς κοινῆς φύσεως· ἐντεῦθεν γὰρ δεῖ πᾶν τὸ τοιοῦτον τὴν ἀρχὴν ἔχειν, εἰ μελλομέν τι ἐρεῖν περὶ ἀγαθῶν καὶ κακῶν (non enim inveniri potest aliud justitiae principium, alia origo, quam a Jove et communi natura petitum. Inde enim necesse est omnia nos exordiri, si volumus aliquid de bonis et malis dicere); Chrysipp. lib. III. de Diis bei Plut. de Stoic. rep. IX, 4.

Dieſes Recht, weil es in dem Subjecte einen λόγος vorausſetzt, iſt den Thieren unbekannt und ebenſowenig findet zwiſchen dieſen und den Menſchen wegen der Verſchiedenheit ihrer Natur eine Rechtsgemeinſchaft ſtatt[217]). Für den Menſchen aber iſt es maaßgebende Norm, nach welcher der σοφός ſich richtet, ſei

---

216) Dieſe Ueberſetzung giebt Cic. de Fin. V, 23.; ähnlich de Inv. II, 53., und Ulpian, lib. 1 Regul. (l. 10 pr. D. de J. et J. 1, 1.). Der Auct. ad Herenn. III, 2, 3. überſetzt: ius unicuique tribuens pro dignitate cujusque. Vergl. §. 37. not. 277.

217) Chrysipp lib. 1 de Just. bei Diogen. Laert. VII, 129 u. Cic. de Fin. III, 20, 67. Posidonius lib. 1. de Offic. bei Diogen. Laert. l. c.

es in dem Verkehre des täglichen Lebens, ſei es bei Verwaltung des Staates und bei Erlaſſung von Geſetzen, ſei es bei Belehrung der Mitmenſchen:

Quoniamque ea natura esset hominis, ut ei cum genere humano quasi civile jus intercederet, qui id conservaret, eum justum, qui migraret, injustum fore. Cic. de Fin. III, 20, 67. nach Chryſipp.

τό τε δίκαιόν φασι (sc. οἱ Στωϊκοὶ) φύσει εἶναι, καὶ μὴ θέσει. Ἑπόμενον δὲ τούτοις ὑπάρχειν καὶ τὸ πολιτεύεσθαι τὸν σοφὸν καὶ μάλιστα ἐν ταῖς τοιαύταις πολιτείαις ταῖς ἐμφινούσαις τινά προκοπὴν πρὸς τὰς τελείας πολιτείας, καὶ τὸ νομοθετεῖν τε, καὶ τὸ παιδεύειν ἀνθρώπους[218]) (Jus vero Stoici dicunt esse non natura, sed opinione. Quod sequi sapientem et in faciendo et in re publica administranda et maxime quidem in iis civitatibus, quae proficiunt quodammodo ad perfectum statum et in legibus ferendis et in hominibus docendis Stob. Ecl. Eth. II. p. 198 sq.

Die Herrſchaft dieſes göttlichen Rechtsgeſetzes iſt im idealen Zuſtande des goldenen Zeitalters eine ausſchließliche; allein in den ſpäteren Zeiten erheiſchte die Verderbniß der geſelligen Zuſtände poſitive Geſetze, welche zuerſt die σοφοί verkünden[219]). Immer aber muß neben dieſen menſchlichen Geſetzen jenem göttlichen Rechtsgeſetze eine abſolute Gültigkeit und Herrſchaft beigemeſſen werden, ſo daß die Erſteren nur inſoweit, als ſie mit dem Letzteren übereinſtimmen, bindende Kraft beſitzen, und ihre Gültigkeit überhaupt nur auf ihre Harmonie mit dem göttlichen Geſetze ſich ſtützt. Inſoweit daher das Naturrecht und das poſitive Recht ſich widerſtreiten, muß Letzteres aller verbindlichen Kraft ermangeln. Dies ergiebt ſich aus Plut. de Stoic. rep. III.:

ὅσοι δ' ἄλλου αὐτῶν (sc. τῶν Στωϊκῶν) πολιτείᾳ προσίασιν, ἔτι μᾶλλον ἐναντιοῦνται τοῖς αὐτῶν δόγμασι· καὶ γὰρ ἄρχουσι, καὶ δικάζουσι, καὶ συμβουλεύουσι, καὶ νομοθετοῦσι, καὶ κολάζουσι, καὶ τιμῶσιν, ὡς — — νόμων τῶν Κλεισθένους καὶ Λυκούργου καὶ Σόλωνος, οὓς φαύλους καὶ ἀνοήτους

218) Das Weitere dieſer Stelle gehört nicht hierher, weil es nicht auf das δίκαιον im Beſonderen, ſondern auf das ἀγαθόν im Allgemeinen ſich bezieht. Dazu iſt zu vergl. Stob. Ecl. Eth. II, p. 228. Cic. de Fin. III, 20, 68.

219) Posidonius bei Senec. Epist. XC.

γεγονέναι λέγουσιν. Ὥστε καὶ πολιτευόμενοι μάχονται (Qui vero Stoicorum de secta se ad rempublicam conferunt, ii magis etiam suis ipsorum placitis repugnant; nam imperant, causas disceptant, consulunt, leges ferunt, puniunt, honorant, ita ut —— leges Clisthenis, Lycurgi, Solonis leges esse censeant, quum interim eos pravos et stultos fuisse dicant. Ergo rempublicam gerentes, ipsi sibi adversantur.

Demgemäß lebt und handelt der σοφός der Theorie nach unabhängig vom positiven Gesetze, als wahrhaft Freier und lediglich nach seinen eigenen Grundsätzen [220]), d. i. nach dem Gesetze Gottes, und δίκαιος ist in Wahrheit nur der Weise, weil er allein das wahre Gesetz, das göttliche, kennt und befolgt; nicht aber macht die Befolgung des menschlichen Gesetzes an sich schon zum δίκαιος [221]). Nur bezüglich solcher Handlungen, welche gar nicht unter das Gebot oder Verbot des göttlichen Gesetzes fallen, somit weder gut, noch schlecht, vielmehr gleichgültig sind, mochten die Stoiker dem positiven Rechte eine ihm originäre Gültigkeit beilegen, welche auch z. B. Diogenes von Babylon in solchem Falle bei Cic. de Offic. III, 12. anerkennt, obwohl andrerseits auch dem positiven Rechte alle Kraft und Gültigkeit schlechthin abgesprochen wird, so nach Cic. Acad. II, 44, 136., wozu vergl. Plut. de Stoic. cap. III cit.

§. 29.

Die späteren Academiker.

Die späteren Academieen bis Antiochus widmen ihre Kräfte der Bekämpfung des Dogmatismus, namentlich der Stoiker, und treten demgemäß in überwiegend negirender Tendenz als neue Verfechter des Skepticismus auf. Namentlich ist es Carneades (geb. 539, gest. 625 d. St.), bei welchem wir diese Richtung ausgeprägt und auch auf die practische Philosophie übertragen finden.

Insbesondere leugnete Carneades auch die Existenz eines Naturrechtes und erkannte lediglich die positive Satzung als

220) Diogen. Laert. VII. 121. 122.

221) Stob. Ecl. Eth. II. p. 206. Cic. de Fin. III, 20. 67. Vergl. pr. Mur. 29, 61.

Recht an. Die Gründe, durch welche derſelbe dieſen Satz: jus civile est aliquod, naturale nullum, ſtützte, und die ein höheres Intereſſe für uns dadurch gewinnen, daß wir in ihnen die Summe der Argumente erblicken dürfen, durch welche der Scepticismus jener Zeit die Lehre vom höheren Urſprunge des Rechtes bekämpfte; dieſe Gründe vermögen wir aus Cicero de Rep. III, 8, sq. ed. Moser und nach dieſem aus Lactant. Div. Inst. V, 14 sq. VI, 16 sq. zu erkennen, indem Cicero daſelbſt dem L. Furius Philus die Argumente in den Mund legt, durch welche Carneades bei ſeiner Anweſenheit zu Rom als Geſandter Athens im J. 598 in einer öffentlichen Rede die von den Philoſophen ſeiner Zeit über das Weſen der Gerechtigkeit und des Rechtes aufgeſtellten Anſichten bekämpft, nachdem er ſelbſt am Tage zuvor jene Anſichten und deren Gründe öffentlich vorgetragen hatte[221a]). Hiernach ſtützte Carneades das Dogma: Es giebt kein Naturrecht, im Weſentlichen auf folgende Sätze:

A. Im poſitiven Rechte giebt es kein über Zeit und Raum erhabenes Rechtselement, folglich kein Naturrecht; denn die Geſetze ſind theils in den verſchiedenen Staaten verſchieden (Cic. de Rep. III, 9.), theils in dem nämlichen Staate der Veränderung unterworfen (de Rep. III, 10.):

Jus enim civile est aliquod, naturale nullum: nam si esset, ut calida et frigida, et amara et dulcia, sic essent justa et injusta eadem omnibus. — — Genera vero si velim juris, institutorum, morum, consuetudinumque describere, non modo in tot generibus varia, sed in una urbe, vel in hac ipsa millies mutata demonstrem. — — [Quodsi natura] sanxisset jura nobis, et omnes iisdem et iidem non alias aliis uterentur. Quaero autem, si justi hominis et si boni est viri parere legibus, quibus? an quaecunque erunt? At nec inconstantiam virtus recipit, nec varietatem natura patitur; legesque poena, non justitia nostra comprobantur. Nihil habet igitur naturale jus; ex quo illud efficitur, ne justos quidem esse natura.

221a) Obwohl bei jenen Reden des Carneades die oratoriſche Tendenz keineswegs untergeordnet ſein mochte, ſo berechtigt doch Nichts zu einem Zweifel daran, daß Carneades in der zweiten Rede ſeinen philoſophiſchen Lehren nicht treu geblieben ſei.

B. Auch neben dem poſitiven Rechte giebt es kein Naturrecht; denn einestheils ſind die Meinungen der Menſchen über die Natur des Rechtes außerhalb der Geſetze, wie über das Weſen der Gerechtigkeit überhaupt völlig verſchieden (de Rep. III, 11. 16.), anderntheils müßte ſolches Naturrecht ſein leitendes Princip entweder in der sapientia [222]) oder in der utilitas finden. Beide aber widerſtreiten allem Begriffe von Gerechtigkeit, wie er mit Bezug auf das jus naturale feſtgehalten wird; denn die sapientia [223]) gebietet die Wahrung des eigenen Vortheiles ſelbſt bis zum Nachtheile des Anderen, und in entſprechender Weiſe bedingt auch die Beförderung der eigenen utilitas in der Regel die Beeinträchtigung der des Anderen. Stützt ſich nun die Gerechtigkeit als justitia civilis auf die sapientia und utilitas, ſo iſt ſie auch nicht justitia nach der von den Philoſophen gegebenen Weſensbeſtimmung dieſes Begriffes, ſomit alſo iſt ſie im Sinne der Letzteren weder justitia überhaupt, noch auch justitia naturalis, ſondern iſt eben reine sapientia. Iſt dagegen die justitia im Sinne der Philoſophen nicht sapientia, ſondern das, was man unter justitia naturalis verſteht, ſo würde ſie einestheils der sapientia offen widerſtreiten und zur reinen Thorheit werden, wie auch der utilitas zuwiderlaufen; anderntheils würde ſie aber auch ein Seiendes gar nicht mehr ſein, da ſie überhaupt auf Nichts ſich ſtützen würde (de Rep. III, 12. 13. 17. 20.).

Vielmehr beruhen jus und justitia lediglich auf dem Staate und auf deſſen Geſetze, nicht aber auf der natura, und die justitia iſt lediglich die obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum. Inſofern daher die Schwäche der Menſchen die Mutter der

222) Sapientia mit Rückſicht darauf geſagt, daß dieſelbe von den Stoikern als der Inbegriff aller Tugenden, wie des ἀγαθὸν καὶ καλόν, des honestum angeſehen wurde; vergl. namentlich Cic. de Rep. III, 4. Wegen utilitas vergl. Carneades bei Plut. in Porphyr. de abstin. III, 20.: ἕκαστον τῶν φύσει γεγονότων, ὅταν τοῦ πρὸς ὃ πέφυκε καὶ γέγονε τυγχάνῃ τέλους, ὠφελεῖται, (unumquodque eorum, quae natura exstiterunt, utilitatem consequi, si finem consequatur eum, ad quem a natura factum sit).

223) Carneades argumentirt hier auf Grund einer Verdrehung des Wortſinnes; denn die sapientia, σοφία, war den Stoikern die Wiſſenſchaft des göttlichen Sittengeſetzes; Carneades aber nimmt den Ausdruck im Sinne von Weltklugheit.

bürgerlichen Vereinigung ist, geht das jus aus dieser Schwäche hervor, nicht aber aus dem freien Willen der Menschen (de Rep. III, 14. in Verbindung mit de Leg. I, 15, 42.).

§. 30.

Resultat.

Mit Carneades schließt die Geschichte der griechischen Philosophie überhaupt ab; denn vom Zeitalter Cicero's an erlangt dieselbe einen universellen Character. In Athen aufgezogen, gepflegt, zu schönster Blüthe ausgebildet, überschreitet jetzt die antike Philosophie die engen Gränzen ihres Vaterlandes, um das ganze Gebiet der civilisirten Welt zu durchmessen und an allen Orten, die ihr Fuß betritt, befruchtend mit dem Menschengeiste sich zu verbinden.

Von dieser neuen Phase ihrer Entwickelung an bis rückwärts zu den ersten Stadien ihrer Bildung hat die Philosophie die Bahn durchschritten, die das Naturgesetz des menschlichen Geistes ihr vorschrieb: den Weg des Kampfes gegen Irrthum und Zweifelsucht. Rastlos und ununterbrochen geführt, ist dieser Kampf in seinen einzelnen Momenten ein verschiedener, je nach der doppelten Richtung, in welcher derselbe sich bewegt: ein anderer auf dem Gebiete der theoretischen Philosophie, ein anderer auf dem der practischen Philosophie. Hier wie dort aber concentrirt er sich um einzelne hervorragende Punkte, in denen wir die Hauptfragen erkennen, deren Beantwortung der philosophirende Geist sich selbst zur Aufgabe stellte.

Derartige Hauptfragen finden wir, wie innerhalb der practischen Philosophie im Allgemeinen, so auch in der Rechtsphilosophie im Besonderen vor, und diese letzteren gerade sind es, welche ausschließlich, und selbst dies nur in einer einzelnen bestimmten Richtung, gegenwärtig unsere Aufmerksamkeit maaßgebend in Anspruch nehmen. In dieser Beziehung verwiesen wir bereits in §. 18. im Allgemeinen auf die zwei Probleme, welche die Schwerpunkte der gesammten rechtsphilosophischen Speculation bilden und die Richtung bestimmen, in welcher diese Forschung sich bewegte, die zwei Fragen nämlich:

Was ist das Recht?

und

Woher stammt das Recht?

In die Sphäre beider Probleme fallen noch einzelne anderweite Fragen, denen jedoch eine überwiegend untergeordnete und abhängige Stellung zukömmt; eine größere Selbstständigkeit dagegen behauptet die Frage:

Wer ist Rechtssubject?

allein sie wiederum wird überwiegend in kategorischer Weise und ohne weitgreifende Beörterung erledigt.

Indem wir nun die Leistungen der griechischen Philosophie zunächst bezüglich des ersten Problems ins Auge fassen, so hat bei dessen Behandlung dieselbe überwiegend den rein speculativen Gesichtspunkt festgehalten: nicht die besonderen Erscheinungsformen des Rechtes in seinen einzelnen Satzungen und Instituten sind es, in deren Erkenntniß und systematischer Darlegung man die Lösung jenes Problemes erstrebte, sondern der Begriff in seiner abstracten Allgemeinheit bildet ganz unmittelbar das Ziel der Forschung, während die einzelnen Figuren des Rechtes in einer völlig untergeordneten Weise in Betracht gezogen werden. Durch diese Thatsache selbst aber erscheint die in der griechischen Rechtsphilosophie zu Tage tretende Erscheinung bedingt, daß dieselbe sowohl der Empirie in einer auffälligen Maaße sich entfremdete und zu Resultaten gelangte, welche mit der Wirklichkeit des Lebens in offenem Widerspruche standen, — eine Erscheinung, die namentlich bei Plato einen monströsen Character annimmt, — sowie daß auch in Folge dessen die Philosophie sich selbst aller Autorität in Bezug auf die rechtlichen Zustände des Verkehres beraubte, und insbesondere ihre Anstrengungen ohne die entsprechende Frucht für die Rechtsbildung verblieben, welche von dem auf das Recht gerichteten wissenschaftlichen Denken der begabtesten Geister Griechenlands zu erwarten gewesen wäre; ja daß endlich die über das Recht eingeschlagene Speculation in ihrer einseitigen Richtung schließlich steril ward.*

Jene anderweite Aufgabe dagegen, den Rechtsbegriff an sich dem Bewußtsein zu vermitteln, sucht die Philosophie auf dem doppelten Wege der Verdeutlichung, wie der Klarmachung zu lösen.

Die Klarheit, somit die Abgränzung des Rechtes als eines abgeschlossenen Ganzen gegen die ihm benachbarten Begriffe wird erstrebt in der Eintheilung der Ethik, welche theils als Classi-

fication des ethiſchen Verhaltens, d. i. der ἀρετή, theils als Claſſification der ethiſchen Gebote, d. i. des ἀγαθόν gegeben wird. Dort wird die δικαιοσύνη gegen die übrigen Tugenden abgegränzt, und dieſes Verfahren iſt der geſammten nachſocratiſchen Philoſophie gemeinſam; hier wird das Gebiet des δίκαιον von den übrigen Theilen des ἀγαθόν abgeſchloſſen, und dieſer Weg ſcheint vornämlich dem Ariſtoteles und den Stoikern eigenthümlich geweſen zu ſein. Dagegen das Streben nach Deutlichkeit und nach lebhafter Vergegenwärtigung der Einzelheiten des Rechtsbegriffes offenbart ſich, was die ſyſtematiſchen Formen betrifft, in denen hierbei das Denken ſich bewegt, in der Definition und Eintheilung des Rechtes.

Die Claſſificationen finden ihren Eintheilungsgrund entweder in dem Urſprunge des Rechtes, reſpective ſind durch dieſe Frage bedingt, und dann fallen ſie unter das zweite Problem; oder ſie ſind ganz unmittelbar durch die erſt feſtgeſtellten Merkmale des Rechtsbegriffes bedingt und abhängig von dem Beſtreben, den letzteren ſelbſt näher zu begründen oder im Einzelnen nachzuweiſen und zu veranſchaulichen. Ein ſelbſtſtändiges und von den Zwecken der Definirung des Rechtsbegriffes unabhängiges Eingehen dagegen auf deſſen Umfang im Wege der logiſchen Claſſification finden wir nur bei Ariſtoteles (δίκαιον πολιτικόν und οἰκονομικόν, jus publicum und privatum), während es im Uebrigen der griechiſchen Philoſophie fremd erſcheint. Sonach dürfen wir daher, ſelbſt unter Anerkennung der von der Philoſophie gegebenen Claſſificationen, immerhin ſagen, daß im Allgemeinen nur der Inhalt des Rechtsbegriffes die maaßgebende Frage für die Philoſophie bildete, der Umfang deſſelben dagegen in nur untergeordneter und abhängiger Weiſe in Erwägung gezogen wurde.

In dem auf die Definition des Rechtsbegriffes bezüglichen Verfahren der Philoſophie treten uns zwei Merkmale als characteriſtiſch entgegen und zwar zunächſt, daß durchgängig ein analytiſches Verfahren eingeſchlagen wurde. Dieſe Erſcheinung ſteht in Verbindung damit, daß man von dem Begriffe der ἀρετή oder des ἀγαθόν zu dem δίκαιον herabſtieg und ſodann von hier aus weiter abwärts dieſen durch die Zerlegung der Ethik gewonnenen Begriff in ſeinen einzelnen Merkmalen weiter verfolgte.

Gerade hierin aber, in der Vernachläſſigung einer genetiſchen Begriffsbildung haben wir die einflußreichſte Urſache der ſo gröblichen Verirrungen anzuerkennen, wie ſolche namentlich bei Plato am Unverhülltеſten zu Tage treten. In dieſer Weiſe erſcheint daher die Weſenbeſtimmung des Rechtes beeinflußt von dem bei Behandlung der Ethik im Allgemeinen eingeſchlagenen Verfahren, woneben wir bei Pythagoras und Ariſtoteles, wie bei Plato und den Stoikern noch einer rein etymologiſchen Rückſichtnahme einen Einfluß auf die Begriffsſtimmung vom δίκαιον zuzuerkennen haben, inſofern Ariſtoteles und wahrſcheinlich auch Pythagoras bezüglich des δίκαιον eine Stammverwandſchaft mit δίχα (in zwei Theile getheilt) anerkennen [224]), während die Stoiker und Plato den νόμος in eine etymologiſche Verbindung ſetzen mit νέμειν (zuertheilen) [225]), dieſes Merkmal aber durch das Medium des νόμος auf die Begriffsbeſtimmung des δίκαιον erwirken laſſen.

Als die zweite dem Verfahren der griechiſchen Philoſophie eigenthümliche Erſcheinung erkennen wir an, daß dieſelbe das maaßgebend characteriſtiſche Merkmal des Rechtes in deſſen attributiven Beziehungen aufſuchte und zu erkennen glaubte, ſomit alſo die Beſonderheit des Rechtes in der Modalität ſeines Verhaltens in Bezug auf das Quale und Quantum auffand, welches das Recht nach der einen Seite hin als Pflicht, nach der anderen Seite hin als Recht den Perſonen zuerkennt. Dieſe Eigenthümlichkeit kann indeß erſt ſpäter in ihren Vorausſetzungen und Folgewirkungen, wie in ihrem Weſen näher erörtert werden.

Faſſen wir nun zunächſt den Gattungsbegriff in's Auge, der dem Rechte beigelegt wird, ſo erkennen wir bereits hierin eine Beſonderheit der griechiſchen Philoſophie an. Denn während die moderne Wiſſenſchaft, wie bereits die Römer, in dem Rechte eine Norm anerkennen, ſo erklärt Pythagoras das δίκαιον für einen Act, Ariſtoteles aber für ein Quantum, wogegen der Begriff der Norm, welche jene Handlung, wie dieſes Maaß beſtimmt, mit dem Begriffe des Geſetzes in dem νόμος coincidirt. Erſt

224) Eth. Nic. V, 4, 9.

225) Wegen der Stoiker vergl. §. 28. not. 215. Wegen Plato, Heindorf ad Gorg. p. 211 §. 136. u. de Legg. VI. p. 757 b.

die Stoiker ſcheiden Geſetz, Recht und das durch das Recht Beſtimmte, während Plato über jenen Gattungsbegriff zu keiner feſten Beſtimmtheit gelangt zu ſein ſcheint. Da jedoch dieſer Punct von keiner weiteren ſelbſtſtändigen Folgewirkung begleitet iſt, ſo können und werden wir von demſelben abſehen und bei unſerer Erörterung ohne Weiteres den modernen Gattungsbegriff des Rechtes der geſammten griechiſchen Philoſophie unterlegen.

Indem wir uns nun zu den von der griechiſchen Philoſophie aufgeſtellten Artunterſchieden des Rechtes wenden, und hierbei vor Allem bezüglich der pythagoräiſchen Begriffsbeſtimmung uns vergegenwärtigen, daß das ἀντιπεπονθὸς ἄλλῳ ein doppeltes Moment unmſchließt, nämlich das τοσοῦτον und τοιοῦτον in Bezug auf dasjenige, was das Recht den Perſonen zuſpricht [226]), ſo überliefert uns nun, unter Feſthaltung der angegebenen Modification bezüglich des Gattungsmerkmales, die griechiſche Philoſophie folgende Begriffsbeſtimmungen des Rechtes:

Pythagoras: Norm, die einem Weſen die Rückgewährung desjenigen Quantum und Quale an ein anderes Weſen zuerkennt, welches von dem Letzteren dem Erſteren vorher zugekommen war;

Ariſtoteles: Norm, welche das Mittelmaaß zwiſchen zu Viel und zu Wenig bei Zumeſſung der vom Staate zu vertheilenden oder in den Verkehrsverhältniſſen hervortretenden Vortheile abmißt;

Plato: Norm, welche die richtige Proportion der Thätigkeit der pſychiſchen drei Grundtheile der dem Rechte untergeordneten beiden Organismen regelt;

oder, als abgeleiteter Begriff: Norm, welche Jedem das Seine zuertheilt (τὸ διανεμητικὸν τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ);

Stoiker: Norm, welche Jedem das Seine zuertheilt (τὸ ἀπονεμητικὸν τῆς ἀξίας ἑκάστῳ);

Socrates: Norm, welche durch das Geſetz geboten iſt [227]).

---

226) In dieſes doppelte Merkmal zerlegt bereits Ariſtoteles das ἀντιπεπονθός in Eth. Nic. V, 5, 9.

227) Mit Socrates ſtimmt auch Epicur überein, nur daß der Letztere die Beſchränkung hinzufügt, daß die Exiſtenz des Rechtes von der Verwirklichung ſeines Zweckes bedingt iſt, eine Modification, die für unſeren gegenwärtigen Geſichtspunkt ohne Belang iſt.

Je nach der Beſchaffenheit der Artunterſchiede nun, welche in den obigen Definitionen dem Rechte beigelegt werden, ſcheiden wir aber eine doppelte Claſſe von Begriffsbeſtimmungen, deren eine von Pythagoras und Ariſtoteles, deren andere von Socrates, Plato und den Stoikern gebildet wird, deren weitere Erörterung wir jedoch in den nächſten Paragraphen verweiſen.

§. 31.

Fortſetzung.

(Reſultat.)

Zunächſt Pythagoras definirt den Rechtsbegriff durch Characteriſirung von Maaß und Art, welche das Recht der Perſon zuerkennt. Beide, Maaß wie Art, werden hierbei als ein Relatives geſetzt, indem das Weſen des τοσοῦτον, wie τοιοῦτον darin beſteht, durch ein in concreto gegebenes Zweites, nämlich durch Maaß und Art des voraufgegangenen initiativen Actes ſeine nähere Beſtimmung zu empfangen. Jene Weſenbeſtimmung des Rechtes ergiebt zugleich auch das Merkmal des Rechtsverhältniſſes d. i. desjenigen Thatbeſtandes, an welchen das Recht ſeine attributive Dispoſition anknüpft, indem als Rechtsverhältniß jedes Lebensverhältniß ſich darſtellt, in welchem eine derartige Widervergeltung denkbar und möglich iſt.

Von jener pythagoräiſchen Weſenbeſtimmung aus entwickelt ſich der ariſtoteliſche Rechtsbegriff. Indem nämlich Ariſtoteles den von Pythagoras für die Rechtsdispoſition aufgeſtellten Thatbeſtand als zu eng verwirft, vielmehr auch außerhalb des Gebietes, welches durch die ſachliche Möglichkeit der Talion abgegränzt iſt, ein Recht und ein Wirken deſſelben anerkennt, ſo wird nun Ariſtoteles zunächſt genöthigt, dieſen weiteren Thatbeſtand ſelbſt, ſomit das Gebiet des Rechtes bezüglich der Rechtsverhältniſſe in anderer Weiſe zu determiniren. Dies geſchieht, indem Ariſtoteles ein δίκαιον διανεμητικόν und διορθωτικόν aufſtellt, und hiermit das Verhältniß bei Vertheilung von Vortheilen durch den Staat einerſeits, wie die συναλλάγματα andrerſeits für Rechtsverhältniſſe erklärt. Die συναλλάγματα gewinnen hierbei die nähere Beſtimmung, zweiſeitige Lebensverhältniſſe der Menſchen zu ſein, während ſie in ihren übrigen Merkmalen, ähnlich wie bei Pythagoras, unmittelbar von der Weſenbeſtimmung des

Rechtes abhängig erſcheinen, von der Möglichkeit nämlich eines μέσον zwiſchen zu Viel und Wenig an Vortheil.

Was dagegen die attributive Dispoſition ſelbſt des Rechtes betrifft, ſo macht ſich als Folge der obigen von Ariſtoteles vorgenommenen Erweiterung des Rechtsgebietes die Nothwendigkeit geltend, das τοσοῦτον des Pythagoras aufzugeben, da das Recht nicht mehr nothwendig von dem Vorgange eines initiativen Actes bedingt iſt. Indem jedoch Ariſtoteles die Relativität des Quantum beibehält, ſo tritt nun an die Stelle der initiativen Handlung als das Andere, durch welches das Maaß ſeine nähere Beſtimmung empfängt, das Extrem, und das τοσοῦτον ſelbſt verwandelt ſich hiermit zum μέσον. Daher bleibt bei Ariſtoteles das Recht ebenſo, wie es bei Pythagoras war, ein thatſächliches und wirkliches Maaßrelatives, indem es ſeine Weſenheit darin hat, ein auf ein Anderes Bezügliches zu ſein, dagegen das unmittelbar Bezogene ſelbſt, das zunächſt beſtimmende gegebene Zweite wird ein anderes: an die Stelle des initiativen Actes treten zunächſt die zwei Extreme des πλεῖον und ἔλαττον, die ſelbſt wieder zwei Maaßrelative ſind. Die mittelbare Determinirung aber des μέσον zwiſchen Beiden, oder, was das Nämliche iſt, die unmittelbare Determinirung des πλεῖον und ἔλαττον ſelbſt erfolgt beim δίκαιον διορθωτικόν in der gleichen Weiſe, wie bei Pythagoras, nämlich nach Maaßgabe der concreten Verhältniſſe: nachdem der initiative Act, welcher den einen Halbkreis des συναλλάγμα bildet, zu dem einen jener beiden Extreme geführt hat, ſo wird nun das Zuviel oder Zuwenig zurückgegeben und ſo die richtige Mitte hergeſtellt. Das eine Extrem iſt daher hierbei ein gegebenes und wirklich vorhandenes, das andere dagegen iſt ein nur gedachtes und fingirtes, daher im δίκαιον διορθωτικόν das als μέσον dargeſtellte Quantum in Wahrheit nur das τοσοῦτον des Pythagoras iſt [228]). Dagegen beim δίκαιον διανεμη-

228) Dieſe Wahrheit verhüllt ſich der Wahrnehmung in folgender Künſtelei des Ariſtoteles: der Letztere rechnet nämlich folgendermaaßen: A giebt dem B 100; B hat in Folge deſſen 100 zu viel ἀγαθόν, und zu wenig κακόν, folglich beträgt bei ihm der κέρδος 200; entſprechender Weiſe beträgt bei A die ζημία ebenfalls 200; das μέσον bezüglich des B, wie des A beträgt 100, folglich iſt 100 das μέσον überhaupt zwiſchen den Extremen und von B dem A zu reſtituiren. Dies Calcül iſt Spielerei dem Begriffe des μέσον

τικόν erhält das μέσον ſeine nähere Beſtimmung einestheils durch das Geſammtquantum der in concreto zu vertheilenden Güter, anderntheils durch das Grundgeſetz des Staates, inſofern dieſes die ἀξία der Perſon feſtſtellt, dieſe ἀξία aber wiederum zu dem μέσον als Mitbeſtimmendes ſich verhält.

Endlich bezüglich des Quale, welches das Recht attribuirt, ſo giebt Ariſtoteles die rohe Vorſtellung der pythagoräiſchen Talion auf, indem er beim δίκαιον διορθωτικόν als ausgleichendes Mittel das Geld hinſtellt, ohne ſich jedoch darüber weiter auszuſprechen, in welchen Fällen das Geld in dieſer Weiſe zur Verwendung gelangt und in welcher Art Handlungen ausgeglichen werden, deren Werthſchätzung nach Geld der griechiſchen Volksanſchauung widerſtrebte [229]).

Nach Alle dem tritt ſomit in jenen Rechtsbegriffen des Pythagoras und Ariſtoteles neben anderen, erſt weiterhin in Betracht zu ziehenden Irrthümern der doppelte Mangel zu Tage, daß einestheils das Recht nur auf zweiſeitige Rechtsverhältniſſe, und — abgeſehen von dem δίκαιον διανεμητικόν des Letzteren — lediglich auf Rechtsverhältniſſe, die aus Handlungen hervorgehen, beſchränkt iſt, daher z. B. das geſammte Erbrecht von der Sphäre des δίκαιον ausgeſchloſſen bleibt; anderntheils aber auch für den das Rechtverhältniß zur Folge habenden initiativen Act bei Pythagoras, wie theilweis auch bei Ariſtoteles jedes Princip und jede Norm mangelt, welche als Rechtsregel für dieſe Handlung maaßgebend wäre. Denn bezüglich dieſer einen Seite der Rechtsverhältniſſe vermiſſen wir auch im ariſtoteliſchen δίκαιον διορθωτικόν jede Beſtimmung des Maaßes der Extreme, ohne deren Kenntniß die Auffindung der Mitte unmöglich iſt, vielmehr verweiſt Ariſtoteles in dieſer Beziehung lediglich an den ὀρθὸς λόγος, ohne das Princip näher anzugeben, nach welchem der Verſtand die richtige Mitte feſtzuſtellen hat, ja ohne ſich überhaupt nur darüber beſtimmt auszuſprechen, in welches Größengebiet denn

---

zu Liebe; maaßgebend iſt nur das ἀντιπεπονθός des Pythagoras, von welchem eine Abweichung erſt in dem Quale zu Tage tritt.

229) Die Theorie des Ariſtoteles nähert ſich dem hiſtoriſchen Standpunkte des germaniſchen Alterthumes, welches in der ausgedehnteſten Maaße das Geld als Ausgleichungsmittel ſelbſt der bedrohlichſten Rechtsverletzungen, wie des Mordes, anerkannte.

die Extreme, wie die Mitte bei jener Handlung fallen, ob in das Gebiet der Triebe oder der Objecte. Daher entbehrt bei Aristoteles, ebenso wie bei Pythagoras jene initiative Handlung des wahren rechtlichen Characters und erscheint weit eher als rein moralische Handlung, während jene juristische Qualität dem repensiven Acte allein zukömmt.

Einen völlig verschiedenen Weg als Pythagoras und Aristoteles schlugen bei Festhaltung des Rechtsbegriffes Socrates, Plato und die Stoiker ein. Zunächst den Rechtsbegriff des Plato für sich betrachtet, so haben wir solchen in §. 30. nach Maaßgabe des in §. 21. festgestellten Resultates in doppelter Weise wiedergegeben: einmal in seinen grundwesentlichen Merkmalen, sodann in denjenigen Merkmalen, welche wir im Sinne des Plato als consecutive hinzunehmen haben, ohne daß wir jedoch dabei die wahre Folgemäßigkeit der letzteren Merkmale gegenüber den ersteren anzuerkennen vermöchten. Hinsichtlich jener ersteren, auf die grundwesentlichen Merkmale gestützten, daher platonisch-normalen Begriffsbestimmung dürfen wir aber mit Recht sagen, daß, wie vielfach immer die classische Philosophie über das Wesen des Rechtes geirrt, Niemand doch so Gröbliches verschuldet hat, als Plato. Denn indem dieser nach den von ihm angenommenen Grundgesetzen der Organisation des menschlichen Geistes den Staat zu einem dem Menschen entsprechenden psychischen Organon construirt; indem er ferner auf die Regelung des gegenseitigen Verhaltens der geistigen Vermögen des Staates, wie des Menschen die Wirksamkeit des Rechtes beschränkt, und dessen Wesenheit sonach in einem individuell- oder politisch-psychischen Gesetze findet; indem er sodann für den gesammten geselligen Verkehr eine eigene Ordnung der Verhältnisse durch besondere Rechtssatzung für überflüssig erklärt, vielmehr den geregelten Gang dieses Verkehres durch Beobachtung jenes psychischen Gesetzes gesichert glaubt, somit aber gerade das wichtigste Gebiet der Rechtsverhältnisse dem ordnenden Wirken des Rechtes in Wahrheit entzieht und lediglich dem vorausgesetzten guten Willen und gesunden Sinne der Betheiligten überläßt; so tritt Plato hiermit in einen so offenen Widerspruch mit der Wirklichkeit des Lebens und verläßt in einer so frei beliebten Willkühr den Boden der Realität und Erfahrung, daß jener Rechtsbegriff in ein wesenloses Nichtsein

ſich verflüchtigt, welches gleich als phantaſtiſches Traumgebild vor unſerem Auge vorüberziehen mag.

Daher beſchränken wir uns darauf, im ferneren Fortgange unſerer Erörterung den abgeleiteten platoniſchen Rechtsbegriff, das διανεμητικὸν τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ allein maaßgebend in's Auge faſſen und ihn allein zum Gegenſtand unſerer Unterſuchung zu machen, weil wir ihm wenigſtens eine Beziehung auf die realen Zuſtände abzugewinnen vermögen.

Mit dieſem in Betracht zu ziehenden Rechtsbegriffe des Plato ſtimmt aber im Weſentlichen überein die ſtoiſche Begriffsbeſtimmung des δίκαιον als ἀπονεμητικὸν τῆς ἀξίας ἑκάστῳ. Beide Begriffsbeſtimmungen des Rechtes ſchlagen inſofern den nämlichen Weg ein, wie Pythagoras und Ariſtoteles, als das Recht nicht nach den Verhältniſſen, welche daſſelbe regelt, begrifflich beſtimmt wird, ſondern nach dem Objecte ſeiner attributiven Dispoſition, alſo nach Maaß und Art desjenigen, was bei Ordnung der Verhältniſſe das Recht den Perſonen als deren Recht und Pflicht zuerkennt. Allein indem Plato und die Stoiker das κατ' ἀξίαν oder die ἀξία ſelbſt, die dignitas oder das suum cuique als den Maaßſtab oder das Object jener Zutheilung hinſtellen, ſo weichen ſie in der Modalität dieſer Beſtimmung von Pythagoras und Ariſtoteles weſentlich ab. Zwar tragen die ἀξία des Plato und der Stoiker, und das τοσοῦτον und τοιοῦτον, wie das μέσον des Pythagoras und Ariſtoteles ein gemeinſames Merkmal inſofern an ſich, als dort wie hier das vom Rechte attribuirte Maaß und reſp. Art nur relativ gegeben iſt; allein ein weſentlicher Unterſchied liegt in der Beſchaffenheit ſelbſt dieſer Relativität. Denn bei der ἀξία iſt zunächſt nur die ſprachliche Beſtimmung von Maaß und Art eine relative, indem in dem Begriffe der ἀξία, des suum, die Verweiſung auf ein Zweites liegt, welches erſt dadurch, daß es Etwas zuſpricht, dieſes Zuerkannte zum suum macht und der ἀξία einordnet; dagegen das durch dieſes Zweite feſtgeſtellte Maaß ſelbſt kann ebenſowohl ein abſolutes, wie ein relatives, alſo ebenſowohl ein Quantum von dreien, wie ein Gleiches ſein. Dagegen bei dem τοσοῦτον und μέσον war die Beſtimmung des Maaßes eine abſolute, während das beſtimmte Maaß ein relatives war, inſofern das in demſelben enthaltene Quantum erſt durch ein anderweit gegebenes

Zweites oder Zweites und Drittes determinirt wird. Feſthaltend daher an dieſem für unſere Erörterung wichtigen und ſpäterhin noch weiter in Betracht zu ziehenden Unterſchiede können wir ſomit feſtſtellen, daß von Pythagoras und Ariſtoteles der Rechtsbegriff durch ein thatſächliches und wirkliches Maaß- und Art-Relatives determinirt iſt, während von Plato und den Stoikern das Recht nach Maaß und Art durch einen Relationsbegriff, alſo logiſch relativ determinirt iſt.

Jenes Zweite nun, auf welches der Relationsbegriff der ἀξία hinweiſt, iſt der νόμος, und es enthält ſomit die ſtoiſche und platoniſche Definition vom Rechte in Wahrheit nur die Beſtimmung: das δίκαιον iſt diejenige Norm, welche Jedem das zuertheilt, was ihm der νόμος zuſpricht. Sonach verwandelt ſich die ἀξία, welche im δίκαιον διανεμητικόν des Ariſtoteles als die durch die Staatsverfaſſung gegebene politiſche Werthſchätzung der Perſon zu Tage trat, im Munde Plato's und der Stoiker in die durch das Rechtsgeſetz gegebene Legitimation zur Sache, und es kommt daher die platoniſche und ſtoiſche Weſenbeſtimmung des Rechtes der Sache nach auf die Definition des Socrates zurück: τὸ δίκαιόν ἐστι τὸ νόμιμον, nur mit der äußeren Beſchränkung, daß bei jenen nicht, wie bei Socrates, alle Gebote des νόμος zugleich ein δίκαιον feſtſtellen.

Wenn nun nach Alle dem der Begriff des Rechtes von Plato und den Stoikern, wie von Socrates nur durch Bezugnahme auf den Begriff des Rechtsgeſetzes, alſo in Wahrheit nur inſoweit definirt iſt, als das Letztere ſelbſt von den Genannten eine Beſtimmung erhalten hat, ſo erfordert daher und ſetzt der Rechtsbegriff um jener ἀξία ἑκάστῳ willen zu ſeiner endgültigen Feſtſtellung die Fixirung des Rechtsgeſetzes nothwendig voraus. Die Definirung des Letzteren aber unterliegt nun zwar durchaus keinen ſachlichen Schwierigkeiten, ſobald ein Rechtsgeſetz nur innerhalb der Legislation des Staates anerkannt wird. Allein indem Socrates, wie Plato und die Stoiker auch neben der poſitiven Sanction ein Rechtsgeſetz ſtatuiren; indem ferner Plato und die Stoiker dem νόμος auch eine andere Sphäre einer ethiſchen Ordnung der Dinge, als die des Rechtes überweiſen, ſo tritt nun die Nothwendigkeit, das Rechtsgeſetz nach

Inhalt und Umfang abzugränzen, um ſo ſtärker hervor [230]), während andrerſeits mehrfache ſachliche Schwierigkeiten dieſem Unternehmen hindernd in den Weg treten. Jener Anforderung jedoch ſich bewußt, ſchlagen die Stoiker, wie Plato einen vierfachen Weg ein, die ſelbſtgeſtellte Aufgabe zu löſen:

1. Sie legen den Inhalt ſelbſt des Rechtsgeſetzes durch Angabe ſeiner Satzungen dar [231]);

2. Sie ziehen die Ethik im Allgemeinen in wiſſenſchaftliche Erörterung, und zwar:

a. in ſyſtematiſcher logiſcher Form der Definition und Eintheilung des Begriffes von ἀρετή und ἀγαθόν;

b. in veranſchaulichender Beſchreibung, die ſie von dem der ethiſchen Tugenden Theilhaften, vom φιλόσοφος und reſp. σοφός entwerfen [231a]);

3. Sie erforſchen die pſychiſchen Grundlagen der ethiſchen Tugenden;

4. Sie verweiſen wegen Kenntnißnahme des νόμος an den

---

230) Man hat in neuerer Zeit der griech. Philoſophie wiederholt den Vorwurf gemacht, daß ſie es unterlaſſen habe, ein Syſtem der Pflichten aufzuſtellen. Wenn wir, ohne die Triftigkeit dieſer Bemerkung im Allgemeinen in Frage zu ziehen, dieſelbe lediglich in ihrer Beziehung auf die Rechtspflichten in's Auge faſſen, ſo iſt dieſelbe inſoweit begründet bezüglich des Socrates und Plato, wie der Stoiker, als dieſe, weil ihr δίκαιον auf ein theilweiſe überſinnliſches Rechtsgeſetz verwies, den Inhalt dieſes Geſetzes, ſomit ein Syſtem der Rechte und Rechtspflichten der Perſonen geben mußten, das in dieſer Beziehung von den Genannten Geleiſtete aber in der That höchſt ungenügend iſt. Dagegen den Pythagores und Ariſtoteles trifft jener Vorwurf völlig ungerechter Weiſe, weil die von Beiden gegebene Begriffsbeſtimmung vom Rechte ein ſolches Syſtem weder erforderlich, noch überhaupt möglich erſcheinen läßt.

231) Spuren ſolcher Erörterungen der Stoiker finden ſich hin und wieder, ſo z. B. bei Cic. de Rep. III, 12. in den Worten: parcere omnibus, consulere generi hominum, suum cuique reddere, sacra, publica, aliena non tangere. Das anſchaulichſte Bild hierfür empfangen wir aus Cicero's Officien, welches dem Werke des Chryſippus über die καθήκοντα nachgebildet iſt. Bezüglich des Plato gehören hierher auch die Schilderungen des Gerechten, welche namentlich in den Büchern de Rep. zahlreich ſich vorfinden.

231a) Vergl. einerſeits Plato Phaedon p. 68. 69 etc. de Rep. VI p. 485 sq. andrerſeits Stob. Ecl. Eth. II p. 198 sq. 228. Hoer. Plut. de Stoic. rep. XX. Cic. de Fin. III, 20, 68. Acad. II, 44, 136.

ὀρθὸς λόγος (Stoiker), ſomit an die Belehrung durch den φιλόσοφος oder σοφός.

Der erſte Weg ſoll direct zur Löſung der geſtellten Aufgabe führen; allein er iſt lediglich in einer höchſt mangelhaften und ungenügenden Weiſe verfolgt, indem die Stoiker, wie Plato über die Darlegung einzelner Poſtulate allgemeinſten Inhaltes nicht hinauskommen, während andrerſeits auch die gewonnenen Reſultate dem practiſchen Leben ſelbſt widerſtreben mußten in Folge der bei jenen Beſtrebungen concurrirenden, ja überwiegenden moraliſchen Werthſchätzung der Verhältniſſe.

Das logiſch ſyſtematiſche Verfahren iſt zwar bereits durch höhere Anforderungen und insbeſondere auch durch die Deutung des ſtoiſchen ὁμολογουμένως ζῆν als κατ' ἀρετὴν ζῆν bedingt, ſoll aber auch zur Erkenntniß der δικαιοσύνη und des δίκαιον führen, indem Beide im Ganzen nach Außen hin gegen die übrigen ethiſchen Nebentheile abgegränzt werden, dadurch daß eine Scheidung und Abſchichtung der einzelnen Beziehungen des νόμος und ſomit eine Gränzbeſtimmung auch des δίκαιον ins Beſondere gegeben wird. Allein indem bei dieſem Verfahren die Weſenbeſtimmung des Rechtes in das διανεμητικὸν κατ' ἀξίαν geſetzt wird, ſo bewegt ſich hierbei das Denken immer nur in einem Cirkel, inſofern das Rechtsgeſetz diejenige Vorſchrift des νόμος iſt, welche das δίκαιον vorſchreibt, das δίκαιον aber oder die δικαιοσύνη wiederum diejenige Norm oder Handlungsweiſe iſt, welche das, was das Rechtsgeſetz vorſchreibt, zuertheilt. Ebenſowenig tritt in der ziemlich planloſen, idealiſirenden Schilderung des Weiſen das Bild des Gerechten in der Weiſe ſcharf hervor, daß daraus ein weſentlicher Gewinn für die Begriffe von Rechtsgeſetz und Recht ſich ergäbe.

Der dritte Weg, auf den insbeſondere die Deutung des ſtoiſchen ὁμολογουμένως ζῆν als κατὰ φύσιν ζῆν hinführt, nimmt ſeinen Ausgang von einer in Folge der mangelhaften pſychologiſchen Kenntniſſe jener Zeit höchſt ungenügenden Lehre von den geiſtigen Grundvermögen des Menſchen. Die weitere Ausführung aber, inwiefern ein Sinn für das Gerechte im Menſchen wirkt und nach deſſen naturgemäßer Entfaltung Recht und Rechtsgeſetz zu beſtimmen ſind, mangelt bei Plato überhaupt vollſtändig, da deſſen Lehre von der Anlage des Menſchen zu

harmoniſcher Entwickelung der Geiſtesvermögen auch gegenüber dem hier allein betrachteten, abgeleiteten platoniſchen Rechtsbegriffe in Wahrheit nicht in Betracht kömmt, während die Stoiker von dem Triebe des Menſchen zur Selbſterhaltung und zu einer der Natur gemäßen Entwickelung ausgehend, zwar einen beſonderen Sinn für das Gerechte ſtatuiren, allein eine nähere Begründung und Ausführung dieſer Theſe ebenſowenig zu geben vermocht haben, wie wir dies nach dem Stande dieſer Unterſuchung bei Cicero annehmen dürfen.

Endlich die Verweiſung der des Wiſſens des Rechtsgeſetzes bedürfenden Menſchheit an den ὀρθὸς λόγος, an die Belehrung durch den φιλόσοφος oder σοφός, iſt der letzte verzweifelte Ausweg, die eigene Verlegenheit und Unfähigkeit zu Löſung der ſelbſtgeſtellten Aufgabe zu verbergen. Denn eine derartige Verweiſung enthält entweder eine Vertagung der Frage ad kalendas graecas von Seiten des φιλόσοφος oder σοφός ſelbſt, oder aber das offene Bekenntniß, daß der φιλόσοφος oder σοφός noch gar nicht erſchienen ſei.

Nach Alle dem iſt die von Socrates, Plato und den Stoikern gegebene Begriffsbeſtimmung des Rechtes eine lediglich verbale, weil jene Definition auf das Rechtsgeſetz verweiſt, das Letztere aber weder ſeinem allgemeinen Begriffe, noch ſeinem beſonderen Inhalte nach irgendwie genügend beſtimmt wird.

§. 32.

Fortſetzung.

(Reſultat).

Faſſen wir nun die gewonnenen Reſultate zu einem Geſammturtheile über die in Frage gezogenen Beſtrebungen der griech. Philoſophie zuſammen, ſo werden wir wahrnehmen, wie die einzelnen Wahrheiten, welche bei Erforſchung des Weſens des Rechtes erkannt und dargelegt ſind, bei Weitem überwogen, ja verhüllt und völlig gelähmt werden durch die Irrthümer, welche, bedeutend an Zahl und innerem Gewichte, in jener Forſchung zu Tage treten. Die Gründe, welche ſolche Abirrungen nothwendig zur Folge haben mußten, werden in der nachſtehenden Betrachtung dem Bewußtſein ſich vergegenwärtigen und zu einer präciſen Feſtſtellung jener Irrthümer ſelbſt hinüberleiten.

Das wahre, wirkliche Recht, welches in Folge eines irrigen Gegenſatzes auch als poſitives Recht bezeichnet wird, ſomit das Recht im Allgemeinen beruht auf der Verbindung von Inhalt und Form, eines Inhaltes nämlich, welcher ſeinem Gattungsbegriffe nach als ordnende Regel ſich darſtellt, und einer Form, welche durch Verbindung mit der gegebenen Regel die Letztere in Recht verwandelt, ſei es als legislatoriſche Sanction oder als Gewohnheit oder als eine andere nach der Verfaſſung des betreffenden Staates ſtatthafte Modalität. Eine genügende und wahrheitsgemäße Weſenbeſtimmung des Rechtes iſt daher nicht denkbar, ſobald die wiſſenſchaftliche Reflexion das eine jener beiden Principien überſieht oder die Bedeutung deſſelben für das Recht unterſchätzt. Indem nun in den rechtsphiloſophiſchen Beſtrebungen der Griechen dieſe Wahrnehmung zunächſt uns entgegentritt, ſo erkennen wir hiermit zugleich die primitive Urſache der Abirrung von der Wahrheit: indem die antike Philoſophie die eſſentielle Bedeutung der formalen Pertinenz des Rechtes überſieht, und hiermit die Weſenheit des Rechtes vollſtändig in das materiale Element deſſelben verſetzt, ſo wird dadurch dem Irrthume freier Boden zu üppiger Entfaltung geboten.

Die Erkenntniß und Würdigung der in materialer Beziehung das Weſen des Rechtes beſtimmenden Criterien andrerſeits ſteht wiederum in der innigſten Wechſelbeziehung zur Feſtſtellung der äußeren Gränze des Rechtes gegenüber den anderen Beſtandtheilen der Ethik. Die einzige derartige Gränzbeſtimmung aber, welche Anſpruch erheben darf, den Anforderungen der höchſten Wahrheit zu genügen, iſt gegeben in der Abſcheidung von Recht und Moral, welche das Gebiet in's Auge faßt, auf welchem das Hervortreten des ethiſchen Willensactes zum maaßgebenden Momente wird für die Anwendung der ethiſchen Norm in Form eines Urtheiles, — den Gegenſatz nämlich von Innenwelt und Außenwelt. Denn der rechtliche Willensact wird wegen der mit ihm verbundenen Willensäußerung, alſo auf Grund ſeines Hervortretens in die Außenwelt in Form einer Handlung, der Beurtheilung nach dem Maaßſtabe des Rechtes unterworfen, während der moraliſche Willensact lediglich wegen der ihm inliegenden Willensbeſtimmung, alſo auch auf Grund der der pſychiſchen Innenwelt angehörigen Willensrichtung an ſich, dem Urtheile der

Moral anheimfällt. Gerade dieſe allein wahre Gränzlinie blieb aber der griechiſchen Philoſophie, wie dem geſammten Alterthume unbekannt[232]); denn wenn auch nach antiker Anſchauung das Recht als ein beſonderer und geſchiedener Theil innerhalb des großen Ganzen der Ethik ſich abgränzt und, gleichwie die Gerechtigkeit ein beſonderes Segment des Kreiſes iſt, den die Tugend in ihrer Totalität beſchreibt, ſo das Recht ein eigenes Stück des ethiſchen Geſetzes bildet, ſo iſt doch der Geſichtspunkt, nach dem dieſe Abgränzung erfolgt, durchaus verſchieden von jenem modernen, da die griechiſche Philoſophie ihre Aufmerkſamkeit vielmehr auf das Object richtet, welches der Wille anſtrebt, und je nach der Beſchaffenheit des Zieles der Willensbeſtimmung (Ariſtoteles), oder nach der Beſchaffenheit des geiſtigen Vermögens, auf deſſen Thätigkeit die Willensbeſtimmung einwirkt, reſp. nach der Modalität dieſer Einwirkung (Plato), oder endlich nach der Art des Verhaltens der Willensbeſtimmung zu ihrem practiſchen Objecte (Stoiker) die Ethik in ihre Beſtandtheile zerlegt. Indem nun ſo die griechiſche Philoſophie den alleinig richtigen Weg verfehlt, der zu einer wahrheitsgemäßen Abgränzung des Rechtes nach Außen hin führt, ſo entzieht ſie ſelbſt ſich die Möglichkeit, die weſenbeſtimmenden materialen Merkmale des Rechtes erſchöpfend und angemeſſen ſich zu vergegenwärtigen, vielmehr wird nun die Forſchung ganz unabwendbar nach einer falſchen Richtung hin geleitet.

Unter den materialen Merkmalen des Rechtes tritt nun zunächſt das Criterium hervor, daß das Recht eine durch den Willen der Staatsgewalt conſtituirte Norm iſt. Das Verkennen dieſes Merkmales Seitens der griechiſchen Philoſophie erſcheint als die erſte Folge jenes Irrthumes über die Abgränzung des

232) Die moderne Gränzlinie des Rechtes trat bereits dem Plato vor Augen, allein er verwarf ſie; vergl. namentlich de Rep. IV. p. 443. c. d. St. Auch die Stoiker näherten ſich derſelben in dem Gegenſatze der κατορθώματα und καθήκοντα, vergl. §. 38., allein ohne weſentlichen Gewinn. Indem Ariſtoteles das Recht als ein ἴσον καθ' αὐτὸ τὸ πρᾶγμα der Geſammtheit der übrigen ethiſchen Gebote als einem ἴσον πρὸς ἡμᾶς gegenüberſtellt (§. 24.), ſo ſtellt er hiermit ganz richtig den Unterſchied im Character des Rechts- und des Moralgeſetzes feſt, allein die Gränze zwiſchen Beiden bleibt ſeiner Erkenntniß verborgen. — Wegen Cicero vergl. §. 38. und 40. Wegen der römiſch. Juriſten §. 64.

Rechtes, ſteht jedoch zugleich auch im innigſten Wechſelzuſammenhange mit dem Verkennen der formalen Pertinenz des Rechtes. Wenn gleich daher die antike Philoſophie in dem νόμιμον ein Merkmal des Rechtes anerkennt, ſo bleibt doch dieſe Beſtimmung für die Erkenntniß der Wahrheit fruchtlos, weil der Begriff des νόμος nicht auf das ſtaatliche Geſetz ſich beſchränkt und ſomit dem Rechte mit allen ethiſchen Geboten gemein iſt. Zwar finden wir, daß bereits der Skepticismus in dieſem Punkte das Wahre erkannte, und das Recht lediglich auf die durch ein ſtaatliches Geſetz conſtituirte Norm beſchränkte; allein weil einerſeits die Skeptiker alles abſolute Element ſowohl im Rechte ſelbſt, wie auch in der Rechtsmaterie an ſich ſchlechthin negirten, andrerſeits aber die griechiſche Philoſophie zur Erkenntniß der Diſtinction zwiſchen dem wirklichen Rechte und der bloßen Rechtsmaterie nicht gelangte, und in Folge deſſen in der Beſchränkung des Rechtsbegriffes auf das poſitive Recht eine Verwerfung alles abſoluten Rechtselementes überhaupt als nothwendige innere Conſequenz auffaßte, ſo blieb jene von den Skeptikern erkannte Wahrheit fruchtlos für den Dogmatismus, weil dieſer an der Theſe eines abſoluten Rechtselementes feſthielt und damit zugleich auch die Erweiterung des Rechtsbegriffes ſelbſt über die Gränze der ſtaatlichen Sanction für unabweisbar erachten mußte.

Ein weiteres materiales Merkmal für Definirung des Rechtsbegriffes bot ſodann die beſondere Beſchaffenheit der Verhältniſſe, welche das Recht als ordnende Norm regelt. Da jedoch auch hier die richtige Erkenntniß und Würdigung der eigenthümlichen Weſenheit der Rechtsverhältniſſe nicht möglich iſt, ohne das Anerkenntniß des Ausganges des Rechtes von der Staatsgewalt und ohne die richtige Feſtſtellung der Gränze, welche das Recht von den übrigen Theilen der Ethik ſcheidet, ſo hat die griechiſche Philoſophie auch nicht vermocht, aus der Beſchaffenheit der Rechtsverhältniſſe ein Merkmal für die Beſtimmung des Rechtsbegriffes zu gewinnen, vielmehr hat dieſelbe erſt auf Grund und nach Maaßgabe der auf anderem Wege bereits gewonnenen Merkmale des Rechts den Begriff des Rechtsverhältniſſes feſtgeſtellt.

Das letzte materiale Merkmal endlich, welches nach Alle dem zur Weſenbeſtimmung des Rechtes der griechiſchen Philoſophie

noch verblieb, mußte ſonach nothwendig dem Gebiete der attributiven Dispoſition des Rechtes anheimfallen: indem das Recht ein Quale oder ein Quale und Quantum dem Einen als Recht, dem Anderen als Verbindlichkeit zuerkennt, ſo wurde die griechiſche Philoſophie mit unausweichbarer innerer Nothwendigkeit dazu hingedrängt, in der Beſchaffenheit dieſes Quale und Quantum dasjenige Merkmal zu ſuchen und feſtzuſtellen, welches den Artunterſchied des Rechtes in grundweſentlicher Weiſe begründet, und es mußte innerhalb des διανεμητικόν oder ἀπονεμητικόν das conſtitutive Merkmal des δίκαιον hervortreten. So nun erſcheinen in der griechiſchen Philoſophie Recht und Rechtsverhältniß bedingt dadurch, daß dasjenige Quale und Quantum ſachlich möglich und denkbar iſt, welches als dem Rechte eigenthümlich anerkannt wird.

Jenes Quale und Quantum ſelbſt aber, welches das Recht den Perſonen einerſeits als Befugniß, andrerſeits als Verbindlichkeit zuſpricht, läßt ſich, — als ein auf alle Rechtsverhältniſſe gleichmäßig ſich beziehendes, logiſches Allgemeines, — ſchlechterdings nicht als etwas Abſolutes, ſondern lediglich als ein Relatives ſetzen. Dieſe Wahrheit anerkennend, gleichzeitig aber auch von dem Beſtreben geleitet, jenes Quale und Quantum in formal abſoluter Weiſe zu bezeichnen, müſſen daher Ariſtoteles, wie Pythagoras jenes Moment der Relativität in das Bezeichnete ſelbſt hineinlegen und Beide wählen nun das μέσον, wie τοσοῦτον und τοιοῦτον als dasjenige materiale Relative, welches den Anforderungen logiſcher Allgemeinheit entſpricht. Nach dieſem Einen Relativen ſollen daher bemeſſen werden alle jene tauſendfältigen Regeln, welche durch die bunten und wechſelvollen Conſtellationen eines raſtlos wirbelnden Verkehres und durch die heterogenſten Beziehungen und Intereſſen geboten ſind: in ihm allein ſollen jene vielgeſtaltigen Normen zuſammentreffen gleich in einem Centrum, von welchem ab die Radien auslaufen, welche regelnd das Gebiet des Cirkels nach allen Richtungen hin zerlegen. An der inneren Unmöglichkeit dieſes Unternehmens mußten Pythagoras und Ariſtoteles ſcheitern. Denn ſelbſt ein ſachlich Relatives läßt ſich als gemeinſamer Maaßſtab für alle Rechtsverhältniſſe nicht ſetzen, weil dieſe ſchon ihrer Art nach ſo verſchieden ſind, daß ein Allgemeines bezüglich des durch das

Recht zugesprochenen Quale und Quantum nicht gegeben ist, während andrerseits wiederum in Solchem auch nicht ein Merkmal aufgefunden werden kann, welches einen wesentlichen Unterschied der Rechtsverhältnisse von den moralischen Verhältnissen begründete. Mit anderen Worten: Es giebt kein Princip, welches ebensowohl allein und ausschließlich, wie auch bezüglich aller Rechtsverhältnisse als maaßgebendes Princip des Rechtes für Zuerkennung eines Quale und Quantum sich statuiren läßt, da vielmehr in dieser Beziehung das Recht ebensowohl von mehrfachen, wie auch je nach der Artverschiedenheit der Verhältnisse von verschiedenen Principien geleitet wird.

Sonach erscheint der Weg an sich, den Pythagoras und Aristoteles bei der Begriffsbestimmung des Rechtes einschlugen, verfehlt, und dies tritt am Deutlichsten hervor, sobald wir jene Rechtsdefinitionen in die Form des apodictischen Urtheiles bringen und somit als Rechtsgesetz uns vergegenwärtigen. Denn dann lautet das Rechtsgesetz des Pythagoras: Gieb Jedem, was er Dir gegeben! Das des Aristoteles bezüglich des δίκαιον διορθωτικόν: Gieb Jedem, was er Dir gegeben oder Du Dir genommen! beide Gesetze aber sind in der That zwar Principien des Rechtes, allein sie genügen nicht, das Wesen des Letzteren zu erschöpfen, wie zu begränzen.

Den Fehler des Pythagoras und Aristoteles vermeiden Plato und die Stoiker, indem sie es bezüglich des durch das Recht zu attribuirenden Quantum und Quale zunächst völlig unentschieden lassen, ob allen Personen und in allen Rechtsverhältnissen Ein und Dasselbe oder ein Verschiedenes attribuirt wird, und ob dieses Maaß und diese Art des Zuerkannten ein Relatives oder Absolutes sei. Diese Bestimmung bleibt frei von dem Vorwurfe, den wir gegen Pythagoras und Aristoteles aussprachen, die vielgestaltigen Rechtsverhältnisse nach Einem Maaßstabe zu bemessen; oder mit anderen Worten: das διανέμειν τὴν ἀξίαν ἑκάστῳ, die Verbindlichkeit, Jedem das Seine zu gewähren, kann in Wahrheit als allgemeines Gebot des gesammten Rechtes aufgestellt werden, weil es eben Alles und gerade das umfaßt, was das Rechtsgesetz vorschreibt.

Allein dieser Sachverhalt beruht lediglich darauf, daß das διανεμητικον τὴν ἀξίαν ἑκάστῳ seine begriffliche Bestimmtheit

nicht in ſich ſelbſt trägt, ſondern von dem vorausgeſetzten Zweiten empfängt, auf welches der Begriff der ἀξία hinweiſt. Daher iſt das gewonnene Reſultat, in fehlerfreier Weiſe das von dem Rechte zugeſprochene Quale und Quantum, und durch dieſes wiederum das Weſen des Rechtes ſelbſt beſtimmt zu haben, an ſich nur ein formales und rein logiſches, indem dabei lediglich auf das Rechtsgeſetz, als auf den die ἀξία beſtimmenden Begriff verwieſen wird, ſonach aber der wirkliche Werth und Gewinn der gegebenen Definition nothwendig bedingt erſcheint durch die Determinirung des Rechtsgeſetzes. Indem nun aber die Stoiker die Letztere zu geben nicht vermögen, ſo ſtellt ſich auch jene Weſenbeſtimmung des Rechtes lediglich als ein ſprachliches Manöver dar, angewandt, um die Unfähigkeit zu Löſung der geſtellten Aufgabe zu verdecken.

So ergeben alle dieſe Betrachtungen das Reſultat: die Nichtbeachtung theils der formalen Pertinenz des Rechtes, theils der abſoluten Nothwendigkeit ſeiner Emanation von der Staatsgewalt, theils ſeiner Abgränzung zur Moral nöthigt die griechiſche Philoſophie, das weſenbeſtimmende Merkmal des Rechtes in dem Gebiete der attributiven Dispoſition deſſelben aufzuſuchen. Da jedoch in dieſer Beziehung das von dem Rechte zugeſprochene Quale und Quantum ein ſpecifiſches Merkmal von logiſcher Allgemeinheit ſchlechterdings nicht in ſich trägt, ſo verſchließt das Verfolgen jenes Weges alle Möglichkeit, jemals zu einer angemeſſenen Begriffsbeſtimmung des Rechtes zu gelangen. Dieſe Thatſache bewahrheiten die von der griechiſchen Philoſophie aufgeſtellten Definitionen, indem die von Pythagoras und Ariſtoteles gegebenen dem Begriffe nicht adäquat ſind, dagegen die Definitionen des Socrates, Plato und der Stoiker in letzter Inſtanz in einem Cirkel ſich bewegen.

§. 33.

Fortſetzung.

(Reſultat.)

Die vorhergehenden Paragraphen legten dar, daß und in Folge welcher Umſtände das Beſtreben der griechiſchen Philoſophie erfolglos bleiben mußte, eine angemeſſene Definition vom

Rechte zu geben. Dieſes Reſultat ſelbſt aber iſt in ſeinem letzten Grunde bedingt dadurch, daß den griechiſchen Philoſophen in der That auch eine unrichtige Vorſtellung vom Rechte beiwohnte: das Nichtbeachten der formalen Pertinenz und der Nothwendigkeit ſeines Ausgehens von der Staatsgewalt, wie der Abgränzung von Recht und Moral beruht nicht auf einem einfachen Ueberſehen dieſer Merkmale, ſondern auf einem wahren Verkennen derſelben.

So nun erkennt die griechiſche Philoſophie in Wirklichkeit einen Begriff vom Rechte an, der aller Wahrheit widerſtreitet; ſie ſtatuirt als Recht eine Norm, der weder durch einen auf die Empirie geſtützten Beweis eine wirkliche und actuelle Gültigkeit vindicirt, noch auch im Wege der Speculation ein Princip untergelegt werden konnte, aus dem ihre theoretiſche und virtuelle Gültigkeit ſich ergäbe. Denn, ſelbſt wenn man anerkennt, daß eine durchgreifende Beſtändigkeit und eine unwandelbare Treue als Regel und Geſetz die Weltordnung Gottes zu vollendeter Harmonie durchdringt, und daß in dieſer auch ein Accord gegeben ſei, der in ordnender Regel die menſchlichen Verhältniſſe zu einem Einklange vermittelt, ſo ergiebt doch dieſe wohlbegründete Wahrnehmung noch in keiner Weiſe die Conſequenz, daß ſolche Regel eine weitere Anforderung an den Menſchen enthalte, als ſie ſelbſt zu erkennen und ihre Verwirklichung als Recht durch die Sanction der Staatsgewalt anzuſtreben. Indem jedoch die griechiſche Philoſophie dieſe wahre Bedeutung der abſoluten Rechtsmaterie verkennt, vielmehr dieſelbe als wirkliches und wahres Recht, als Vorſchrift für das rechtliche Verhalten und als Anforderung an den Menſchen in Bezug auf deſſen Willensäußerung hinſtellt, ſo gelangt hiermit die griechiſche Philoſophie zu einer Vorſtellung vom Rechte, welche deſſen wahres Weſen vollſtändig verkennt, und welche in Verbindung mit der Unkenntniß des Gegenſatzes von Recht und Moral eine der Wahrheit entſprechende Vorſtellung vom Erſteren vollſtändig unmöglich machte [233]).

---

233) Wie allgemein dieſe Verlegenheit gefühlt ward, ergiebt ſich aus den vielfachen Definitionen des Rechtes bei den Griechen, ſo z. B. des Dichters Simonides aus Keos, der die δικαιοσύνη nach Plut. bei Procl. in Hesiod.

In jener Sphäre des Irrthums ſehen wir nun griechiſche Philoſophie, bewußt des Irrthums, aber unklar über die irrigen Punkte ſelbſt, in ihrem raſtloſen Streben nach Erforſchung höchſter Wahrheit zu immer neuen Anſtrengungen ſich erheben, um zu einer befriedigenden Erkenntniß des Weſens des Rechtes zu gelangen. Die verſchiedenfältigen Verſuche zur Erreichung dieſes Zieles offenbaren uns ein anhaltendes Ringen mit den verſchiedenſten Gedanken und deren vielfältigen Combinationen, zu denen das Gefühl einer ungenügenden Befriedigung an dem gewonnenen Reſultate fortwährend auf's Neue anregt. So wendet ſich in dem Bewußtſein der eigenen Unſicherheit die Philoſophie ſelbſt zur Pſychologie, um in der Organiſation des menſchlichen Geiſtes eine ſichere, feſte, zweifelsfreie Baſis und einen objectiven Stützpunkt für das Recht zu finden. Allein die Möglichkeit, ein Reſultat zu gewinnen, welches allen inneren Widerſtreit genügend zu beſeitigen vermöchte, iſt vereitelt durch das hartnäckige Feſthalten an den hervorgehobenen falſchen Hauptthеſen, und am Endpunkte aller Unterſuchung ſieht die Philoſophie ſich ſelbſt zu dem Geſtändniſſe der Unfruchtbarkeit ihrer Forſchung genöthigt, indem ſie die Völker an das Urtheil des moraliſchen Weiſen verweiſt, der in dieſer Verweiſung an ſich ſelbſt zugleich ſeine eigene Unfähigkeit bekennt, die übernommene Belehrung zu geben.

So beſteht das Verdienſt der griechiſchen Rechtsphiloſophie nicht darin, das erſte der von ihr ſich geſtellten rechtsphiloſophiſchen Probleme genügend gelöſt zu haben, als vielmehr darin, die Richtung des wiſſenſchaftlichen Denkens auf einen wichtigen Punkt gelenkt zu haben, auf jene Wahrheit nämlich, daß nicht

---

389. definirt als τὸ τοὺς φίλους εὖ ποιεῖν, oder nach Plato de Rep. I. p. 331. d. 332. a. b. d. das δίκαιον als: τὸ τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι, d. i. τὸ τοῖς φίλοις ὀφείλειν ἀγαθόν und τοῖς ἐχθροῖς κακόν, oder τὸ τοὺς φίλους ἄρα εὖ ποιεῖν καὶ τοὺς ἐχθροὺς κακῶς, wozu vergl. Socrates nach Xen. Mem. IV, 2. 13.: ἀνδρὸς ἀρετὴν εἶναι, νικᾶν τοὺς μὲν φίλους εὖ ποιοῦντα, τοὺς δὲ ἐχθροὺς κακῶς, wo überall das ἀντιπεπονθος ἄλλῳ des Pythagoras hindurchblickt. Ferner die Definitionen der δικαιοσύνη bei Plato de Rep. I. p. 331. c. d. als: ἡ ἀλήθεια καὶ τὸ ἀποδιδόναι ἄν τις τι παρὰ τοῦ λάβῃ oder ἀληθῆ τε λέγειν καὶ ἃ ἂν λάβοι τις ἀποδιδόναι; u. a. m.

eine ungeordnete, unorganiſche Maſſe von Satzungen ohne innere Verbindung und höheren Zuſammenhang, nicht ein Product des Zufalles oder der Willkühr in dem Rechte ſich uns darbietet, ſondern daß beſtimmte, allgemein leitende Principien die Maſſe des gegebenen Stoffes durchdringen und beherrſchen, und daß dieſe Principien auf einer höheren, unwandelbaren, abſoluten Ordnung der Dinge beruhen.

Und dieſer Gedanke iſt es, der in dem Geiſte der römiſchen Jurisprudenz zum fruchtbringenden Keime ſich geſtaltete durch eine bewundernswerthe Cultur, die ihm zu Theil wird.

Inſoweit nun ſtellt ſich das durch unſeren gegenwärtigen Standpunkt bedingte Intereſſe an den Reſultaten der Forſchung der griechiſchen Philoſophie über das Weſen des Rechtes als ein nur mittelbares dar. Allein in Wahrheit iſt bei den von Ariſtoteles und den Stoikern gewonnenen Reſultaten das geſammte claſſiſche Alterthum ſtehen geblieben und weder ein Cicero und die geſammte ſpätere Philoſophie (mit Ausnahme der Skeptiker), noch auch die römiſche Jurisprudenz haben vermocht, auf dem Gebiete der Speculation jene alten Irrthümer zu beſeitigen und neue Wahrheiten zu entdecken. Und dies iſt der Grund, weshalb jene Forſchungen der griechiſchen Philoſophie auch für unſere gegenwärtigen Zwecke von unmittelbarem Intereſſe ſind, und der Grund zugleich, der unſer obiges weiteres Eingehen auf jene Unterſuchungen der Griechen rechtfertigt.

§. 34.

Fortſetzung.

(Reſultat.)

Inmitten der auf die Löſung des erſten rechtsphiloſophiſchen Problemes gerichteten Unterſuchungen der Griechen tritt auch bereits das zweite jener Probleme und mit ihm der Cardinalpunkt unſerer Betrachtung, die Lehre von dem Naturrechte zu Tage.

Die Lehre der griechiſchen Philoſophie vom Naturrechte umſchließt eine doppelte, an ſich ganz verſchiedene Erwägung, über den Urſprung des Rechtes nämlich und über deſſen Qualität, und in gleicher Maaße ſind auch wiederum die Geſichtspunkte, von denen die Unterſuchung dieſer doppelten Beziehung des

Rechtes ausgeht, verſchieden. Daher iſt die Richtung, nach welcher hin die Reflexion ſich bewegt, eine mehrfach verſchiedene und divergirende, allein alle Linien, die dieſelbe beſchreibt, laufen zuſammen in Einem Endpunkte, in dem Begriffe des Naturrechtes und reſp. ſeines Gegenſatzes.

Faſſen wir nun vor Allem dieſe Elemente ſelbſt jener Lehre näher in's Auge, ſo iſt der leitende Geſichtspunkt, nach welchem die Qualität des Rechtes beſtimmt wird, ein doppelter: der Geſichtspunkt einer prüfenden Werthſchätzung des Rechtes nach Maaßgabe ſeines Verhaltens zu den Anforderungen höchſter Wahrheit einestheils, ſowie ſeiner Abhängigkeit von den Einflüſſen nationaler Sitte und Geſetzgebung anderntheils. Zunächſt die werthſchätzende Beurtheilung des Rechtes ſtellt als den Maaßſtab ihrer Schätzung die höchſte und letzte Wahrheit auf dem Gebiete des Rechtes auf und führt zu der Wahrnehmung, wie der eine Theil des gegebenen Rechtes in vollkommener Uebereinſtimmung ſteht mit denjenigen Anforderungen, welche laut einer inneren Stimme des Urtheilenden und gemäß deſſen ureigenſter Ueberzeugung als höchſt recht und angemeſſen den betreffenden Verhältniſſen zu gelten haben, wie dagegen ein anderer Theil des Rechtes dieſen Poſtulaten gegenüber widerſprechend oder gleichgültig ſich verhält, während andrerſeits wiederum dieſe Ueberzeugung mitunter ein Mehreres erfordert, als von dem Rechte überhaupt geſetzt und ausgeſprochen iſt. Die Spuren einer derartigen Reflexion laſſen ſich zwar in den rechtsphiloſophiſchen Syſtemen der Griechen erkennen (Plato, Ariſtoteles, Stoiker), allein eine beſondere Bezeichnung der daraus ſich ergebenden doppelten Qualität des Rechtes, wofür wir ſelbſt die Ausdrücke abſolute und relative Rechtsmaterie wählen können, mangelt in der griechiſchen Philoſophie, vielmehr vertreten die Benennungen, welche den anderen hier in Frage gezogenen Eintheilungen des Rechtes angehören, zugleich auch jene zwiefache Qualität deſſelben.

Sodann die Beurtheilung des Rechtes nach dem Maaßſtabe ſeiner Abhängigkeit von den Einflüſſen nationaler Sitte und Geſetzgebung ergiebt theils eine Rechtsmaterie, welche zu allen Zeiten, wie bei allen Völkern die nämliche iſt, theils eine Rechtsmaterie, welche, je bei den verſchiedenen Völkern verſchieden, einen weſentlich national-individuellen Typus an ſich

trägt. Dieſe doppelte Qualität wird aber von der griechiſchen Philoſophie ebenſowohl beſonders anerkannt und hervorgehoben (Socrates, Plato, Ariſtoteles, Epikur, Stoiker), wie auch durch eine beſondere Terminologie vertreten (δίκαιον κοινόν — ἴδιον). Dabei haben wir jedoch dieſe Merkmale überwiegend nur als potentielle Criterien und ſomit als rein ſpeculative aufzufaſſen, und ſelbſt wenn von den griechiſchen Philoſophen im Einzelnen ein Nachweis der thatſächlichen Wirklichkeit jener Allgemeingültigkeit unternommen worden ſein ſollte (wie es ſcheint z. B. von Socrates), ſo können wir doch ſelbſt derartigen Beſtrebungen nur eine untergeordnetere Bedeutung beimeſſen, da die griechiſche Philoſophie im Weſentlichen dem Gebiete des Empiriſchen fern ſtand.

Die Speculation ſodann über den Urſprung des Rechtes ſtellt die vierfache Frage: Wann, und durch welche Potenz, und in welcher Form iſt das Recht entſtanden, und offenbart? und beantwortet dieſe Fragen dahin: Das Recht iſt theils ein urerſtes (πρῶτον δίκαιον), theils iſt es ein ſpäter conſtituirtes; es iſt ſodann theils von der φύσις, d. i. von Gott gegeben (φύσει, φυσικὸν δίκαιον), theils iſt es von den Menſchen und durch den νόμος d. i. durch menſchliche Satzung conſtituirt worden (θέσει, ἀνθρώπινον, νομικὸν δίκαιον); es iſt ferner theils ohne, theils durch ſchriftliche Form entſtanden, theils endlich ohne, theils in ſchriftlicher Form offenbart (ἄγραφον und γεγραμμένον δίκαιον). Dieſe Beantwortungen der angegebenen vier Fragen dürfen indeß nur ganz im Allgemeinen als das Geſammtreſultat der einſchlagenden Reflexionen der griechiſchen Philoſophie angeſehen werden, müſſen dagegen im Beſonderen mehrfachen Modificationen unterworfen werden. Die erſte derſelben wird dadurch gegeben, daß ein Theil der Philoſophie entweder allem Rechte jenen höheren Urſprung vindicirte (Heraclit, Pythagoras), oder allem Rechte dieſen Urſprung abſprach (Archelaus, Democrit, Cyrenaiker, Epikur, wie die Skeptiker und Sophiſten). Die zweite Modification iſt dadurch bedingt, daß bei den im Uebrigen noch in Betracht kommenden Philoſophen (Socrates, Plato, Ariſtoteles, Stoiker) jene Fragen in Folge anderer, auf ſie zurückwirkender höherer Vorausſetzungen mitunter eine ihren Sinn in beſonderer Weiſe beſtim-

mende Beziehung erhalten und in Folge deſſen bei ihnen auch eine eigenthümliche Terminologie hervortritt, was namentlich von Plato gilt, der das höhere Rechtselement, das eigentliche δίκαιον, als Abbild der Idee betrachtet, dem menſchlichen Geiſte als Begriff eingeboren und durch Contemplation zur Anſchauung entwickelt ſein läßt, während das andere Element der Idee fremd, auf willkührlicher, freibeliebter Satzung beruht und ein ἄνομον δίκαιον iſt. Die dritte und vierte Modification beruht darin, daß nicht alle von jenen Fragen abhängigen Reflexionen bei jenen in Betracht verbleibenden Philoſophen gemeinſam ſich vorfinden, noch auch, inſoweit ſie ſich vorfinden, die aus ihnen ſich ergebenden Gegenſätze des Rechtes gleichmäßig hervortreten (ſo bei Socrates νόμοι πόλεως oppos. ἄγραφοι νόμοι), indem namentlich die erſte und letzte jener vier Fragen in beider Beziehung eine nur untergeordnetere Stellung einnimmt (die erſte nur bei Ariſtoteles und bei ihm nur als πρῶτον δίκαιον ohne entſprechenden Gegenſatz; die letzte nur bei Socrates, bei den Stoikern gar nicht [234]), bei Plato und Ariſtoteles ohne weſentliche ſpeculative Beziehung). Die Bezeichnung des φύσει δίκαιον insbeſondere, welche ein vornämliches Intereſſe dadurch gewinnt, daß ſie als jus naturale auf die Römer überging und weiterhin als die verwerfliche Bezeichnung Naturrecht uns ſelbſt überliefert ward, ſtammt von den Phyſiologen her (vergl. Archelaus in §. 17) und iſt von dieſen unter Modificirung ihres urſprünglichen Sinnes an die ſpätere Philoſophie vererbt worden (Philolaus, Cyrenaiker, Ariſtoteles, Stoiker, Carneades), dagegen die Bezeichnung ἄγραφον δίκαιον, welche ebenfalls in die römiſche Wiſſenſchaft überging, ſcheint von Socrates ihren Ausgang genommen zu haben und kehrt ebenfalls, obwohl in verſchiedenem Sinnen, bei den Späteren wieder (Archytas, Plato, Ariſtoteles, Stoiker).

Da nun jene Reflexion nach der Qualität des Rechtes mit untergeordneter Ausnahme (Epikur) ganz im Dienſte der Speculation über den Urſprung des Rechtes ſteht, und im Weſentlichen lediglich folgemäßige Merkmale den Reſultaten der Letzte-

234) Dieſe Negation gilt jedoch nur nach dem Stande unſerer Quellen; nach der Characteriſirung der summa lex bei Cicero (§. 37) bin ich vielmehr geneigt, auf das Gegentheil zu ſchließen.

ren beifügt; da ferner in dieſer letzteren Beziehung die Fragen nach dem zeitlichen Entſtandenſein des Rechtes, wie bezüglich der Form deſſelben beherrſcht werden von der Theſe eines göttlichen und menſchlichen Urſprunges des δίκαιον, ſo fällt ebenſowohl jene von uns geſchiedene doppelte Reflexion der Sphäre des zweiten der von der griechiſchen Rechtsphiloſophie aufgeſtellten Probleme anheim, wie auch innerhalb dieſes Problemes die Idee eines Natur- oder göttlichen Rechtes den Mittelpunkt bildet, um welchen herum alle übrigen Fragen in innerer Abhängigkeit ſich gruppiren. Dieſes Abhängigkeitsverhältniß ſelbſt aber läßt ſich im Beſonderen dahin näher feſtſtellen, daß der Begriff des von Gott ausgegangenen oder auf der φύσις beruhenden Rechts den maaßgebenden und beſtimmenden Begriff innerhalb dieſes zweiten Problemes bildet, dem gegenüber die übrigen Reſultate der damit verknüpften Reflexionen als die folgemäßigen Merkmale ſich verhalten, daher wir dieſen Thatbeſtand in der Begriffsbeſtimmung uns vergegenwärtigen können: das φύσει δίκαιον iſt ein von Gott ausgegangenes oder auf der φύσις beruhendes Recht, welches demgemäß ein urerſtes, nicht durch äußere Form in's Daſein gerufenes, abſolutes, gleichmäßig zu allen Zeiten und bei allen Völkern zur Herrſchaft berufenes, eine äußere Form ſeiner Offenbarung nicht nothwendig erforderndes Recht iſt. Dagegen die entſprechenden Gegenſätze ergeben den Begriff des θέσει oder γεγραμμένον δίκαιον.

Wenn wir daher dieſe Weſenbeſtimmung des φύσει oder ἄγραφον δίκαιον als das Geſammtreſultat der einſchlagenden Forſchungen der griechiſchen Philoſophie hinſtellen, ſo ſind doch dem gegenüber ebenſowohl die Modificationen im Auge zu behalten, die wir bereits oben hervorhoben, wie andrerſeits auch der Umſtand in Betracht zu ziehen iſt, daß jene Wahrheit mehrfach verhüllt und getrübt wird, dadurch, daß die Bezeichnungen und Beſtimmungen jenes Naturrechtes öfter der Sphäre eines abgeleiteten Merkmales entlehnt ſind (namentlich ἄγραφον δίκαιον), hierdurch aber das Letztere gegenüber dem zu definirenden Begriffe ſcheinbar zum grundweſentlichen Merkmale ſich erhebt. Dennoch glauben wir dieſer Erſcheinung gegenüber das von uns feſtgeſtellte logiſche Verhältniß als das richtige feſt-

halten zu dürfen, und wir thun dies mit um ſo mehr Nachdruck, als unſere eigene Wahrnehmung der klaren Erkenntniß des ſpäteren Alterthumes mehrfach ſich entzog und hierin zugleich wir einen der mitwirkenden Factoren zu erblicken haben, der durch Verrückung des logiſchen Verhältniſſes von grundweſentlichem und abgeleitetem Merkmale die römiſche Jurisprudenz in jene unſägliche Verwirrung ſtürzte, deren endliche Aufklärung, Feſtſtellung und Beſeitigung die Hauptaufgabe dieſes Werkes bildet.

Die Lehre vom φύσει oder ἄγραφον δίκαιον der griechiſchen Philoſophie unterliegt nun dem Einfluſſe der verfehlten Definirung des Rechtsbegriffes ſelbſt inſofern, als das Verkennen der formalen Pertinenz des Rechtes und ſeines nothwendigen Ausganges von der Staatsgewalt die Frage nach der ſei es bereits verwirklichten, ſei es noch zu verwirklichenden abſoluten Rechtsmaterie in die Lehre von einem beſonderen Rechte, dem Naturrechte, hinüberleitete. So verwandelt ſich jene der Satzung des Staates inwohnende oder noch einzufügende Materie von abſoluter und höchſter Rechtswahrheit in eine neben, ja über dem Geſetze im Staate ſtehende, ſelbſtſtändig herrſchende ethiſche Potenz, ſomit in eine Norm, welche in Ordnung der rechtlichen Verhältniſſe mit dem ſtaatlichen Geſetze ſelbſt concurrirt, ja als abſolutes Geſetz das Letztere im Falle des Widerſtreites ſogar überwindet. Dem entſprechend kann daher dieſes Recht auch unabhängig von ſtaatlicher Sanction in einem Stadium rein überſinnlicher Unmittelbarkeit exiſtiren und vermag frei von aller formalen Pertinenz lediglich im Reiche der Idee ſich zu offenbaren [235]). Die Möglichkeit aber, daß auf ſolchem rein überſinnlichen Wege und ohne äußeres Medium dieſes Recht der Kenntniß der ihm Unterworfenen ſich vermittelt, beruht darauf, daß die Organiſation des menſchlichen Geiſtes, das in dem λόγος ihm inwohnende Vermögen, die Erkenntniß dieſes Rechtes mit einer mehr oder minder unmittelbaren Nothwendigkeit be-

235) Nach Socrates entbehrt dies höhere Recht der äußeren rechtsconſtituirenden Form ſchlechthin, indem die Letztere nur der ſtaatlichen Satzung zukömmt; während Plato, Ariſtoteles und die Stoiker die rechtsconſtituirende Form als indifferent für jenes abſolute Recht anſehen, und ſolches ebenſowohl mit, als ohne jene Form gleichmäßig anerkennen.

dingt, oder daß im Nothfalle und für diejenigen, bei welchen jene Empfänglichkeit nur ungenügend ausgebildet ist, die Kenntnißnahme jenes Rechtes durch den moraliſch Gebildeten vermittelt wird. Der Grund aber der Herrſchaft und bindenden Kraft dieſes überſinnlichen Rechtsgeſetzes beruht in deſſen Ausgange von Gott ſelbſt, auf den es in letzter Quelle ſich zurückführt, wie auf ſeiner ethiſchen Qualität, in der es als Beſtandtheil des abſolut Guten und als unmittelbare Anforderung an den rechtlichen Willen des Menſchen ſich darſtellt.

Dahingegen das nur auf menſchlicher Satzung beruhende Recht erſcheint als Product des Zufalles oder der mechaniſchen Einwirkung geſchichtlich gegebener Verhältniſſe, des Beliebens oder des wohlerwogenen Ermeſſens von Nützlichkeitsrückſichten, als eine Schöpfung, welche, der abſoluten Wahrheit und Gemeingültigkeit bar, lediglich auf die legislative Gewalt im Staate ihre Herrſchaft ſtützt [236]).

Dies iſt die Lehre von dem Naturrechte in der griechiſchen Philoſophie. Dieſelbe geht aus von dem leitenden Gedanken, daß die in dem Rechte ſich offenbarende Satzung auf einer höheren Baſis einer geſetzvollen Ordnung der Dinge beruht, als ſolche in den Vorſtellungen des Volkes, wie des Geſetzgebers gefunden werden kann, daß vielmehr in dem Geſetze Gottes ſelbſt eine Beziehung gegeben ſei, welche als ordnende Norm die gegenſeitigen Verhältniſſe der Menſchen regelnd geſtalte und beherrſche. Dieſer Gedanke iſt erhaben und würdig der Philoſophie Griechenlands und, indem derſelbe einen Kern unbeſtreitbarer Wahrheit birgt, wird er wenigſtens nicht widerlegt durch den Skepticismus, der ſeine Gegengründe in dem Einfluſſe der nationalen Sitten, Einrichtungen und Geſetze auf die Beſtimmungen des Rechtes findet, da die Exiſtenz eines gemeinſamen Objectes der Erkenntniß nicht widerlegt wird durch die in Folge der Subjectivität der Erkenntniß ſelbſt zu Tage tretende Verſchiedenheit der menſchlichen Anſichten über jenes

236) Jedoch liegt nach Socrates der Grund zur Befolgung der νόμοι πόλεως nicht bloß in deren Character als bindender Vorſchriften der Staatsgewalt, ſondern in dem allgemeinen Gebote des Sittengeſetzes, das poſitive Geſetz, auch wenn dies dem καλὸν καγαθόν nicht angehört, zu befolgen.

Object. Die erſte Entſtehung jenes Grundgedankens fiel in eine vorphiloſophiſche Zeit, indem wir denſelben bereits in der griechiſchen Nationalſage verhüllt vorfanden; von hier aus geht jene Idee in die Philoſophie ſelbſt über und erhält hier jene irrthümliche Wendung, welche in jenem höheren Rechtselemente ein wahres und wirkliches Recht erkennen läßt; und dieſe Lehre wiederum durchdringt nun allmählig die Anſchauungsweiſe des geſammten griechiſchen Geiſteslebens, hier ihre deutlichen Spuren zurücklaſſend [237]). Alle dieſe Canäle leiten endlich dieſe Lehre in die Speculation der Römer über unter der Vermittelung Cicero's, deſſen Stellung gegenüber jenen Dogmen den nächſten Gegenſtand unſerer Erörterung bildet.

Indem wir uns nun ſchließlich zu der Frage nach dem Rechtsſubjecte wenden, ſo erkennt als ſolches die geſammte griechiſche Philoſophie den Menſchen an, mit Ausnahme des Pythagoras und Empedocles, welche die entgegenſtehende Anſicht eines zwiſchen Menſch und Thier gemeinſamen und in dieſer Gemeinſamkeit auf natürlicher Grundlage beruhenden Rechtes vertreten. Allein auch innerhalb der Lehre, welche dem Menſchen allein die Rechtsfähigkeit zuerkennt, waltet eine weſentliche Meinungsverſchiedenheit in der griechiſchen Philoſophie ob, inſofern bis auf Ariſtoteles und Epikur herab alle Philoſophen die Theilnahme am Rechte in Beziehung ſetzen zur Civität der Perſon, während die Stoiker auf die Eigenſchaft als Menſch allein die Rechtsfähigkeit fundiren und in dieſer letzteren Auffaſſung einen Gedanken in's Daſein rufen, den wir als einen

237) Vergl. z. B. Demosthenes adv. Aristocr. p. 639, 22. Reisk.: φανερῶς παράνομον, οὐ μόνον παρὰ τὸν γεγραμμένον νόμον, ἀλλὰ καὶ παρὰ τὸν κοινὸν ἁπάντων ἀνθρώπων (legibus manifeste contrarium, non solum scriptae, sed et communi omnium hominum); Sophocl. Antig. 452. sq., wo Antigone ihre Behauptung, daß es Rechtens ſei, den Polynices zu begraben, durch die Worte unterſtützt: οὐδὲ σθένειν τοσοῦτον ᾠόμην τὰ σὰ Κηρύγμαθ' ὥστ' ἄγραπτα κἀσφαλῆ θεῶν Νόμιμα δύνασθαι θνητὸν ὄνθ' ὑπερδραμεῖν. Οὐ γάρ τι νῦν γε κἀχθές, ἀλλ' ἀεί ποτε Ζῇ ταῦτα, κοὐδεὶς οἶδεν ἐξ ὅτου 'φάνη (neque tantum valere credidi tua edicta, ut non scriptas firmasque Deorum leges, mortalis quum sis, queas violare. Non enim heri quidem fixae illae sunt aut nudius tertius, sed vigent ab omni aevo, nec novit quisquam ex quanto tempore prodierunt); ferner Eurip. Dict. v. 28. sq. Isocr. excepl. adv. Callim.

der bedeutungsvollſten und practiſch folgereichſten für das geſammte Alterthum in §. 46 weiter darlegen werden.

Zweite Abtheilung.

Die Lehre Cicero's vom jus naturale.

§. 35.

Stellung der Philoſophie Cicero's im Allgemeinen.

Die philoſophiſchen Lehren Griechenlands gelangten mit dem 7. Jahrh. d. St. nach Rom. Urſprünglich nur einzelnen Auserwählten vornämlich durch den perſönlichen Umgang mit griechiſchen Philoſophen zugängig, gehört vor Allen Cicero zu den Begünſtigten, denen es geſtattet war, in ſolchem Verkehre ihren Geiſt zu bilden. Der belehrende Unterricht ſowohl von Epicuräern und Academikern, wie namentlich auch des Stoikers Poſidonius in Verbindung mit der Lectüre von Werken der hervorragenden griechiſchen Philoſophen diente dem Cicero, den Studien ſeiner Jugend die ſichere Unterlage und jenen tiefen Gehalt zu geben, der in allen ſeinen Werken hervorleuchtet, mochte aber gleichzeitig auch die eklectiſche Richtung beſtimmen, welcher Cicero bis an ſein Lebensende treu blieb.

Das Mannesalter führte den Cicero empor zu den höchſten Würden des Staates, und die Berufsgeſchäfte der Magiſtratur und der ſenatoriſchen Würde, wie die rege Thätigkeit als Orator raubten ihm die Muße, den philoſophiſchen Lehren ſeine Zeit und ſeine Beſtrebungen ferner noch in ausgedehnterem Maaße zu widmen. Erſt als die Republik der Tyrannis des Caeſar anheimfiel und hiermit der ſtaatsmänniſchen Thätigkeit Cicero's ein Ziel geſetzt ward, erſt da kehrte er zurück zu den Studien ſeiner Jugend, um in der Beſchäftigung mit der Wiſſenſchaft der Weisheit Troſt und Ruhe zu finden inmitten der Stürme, die den Staat zu entwurzeln drohten.

Solches war die Veranlaſſung für Cicero, in den ſpäteren Jahren den Studien der griechiſchen Philoſophie ſich mit erhöhtem Eifer wieder zu widmen, eine Veranlaſſung, die er ſelbſt mit kurzen, aber ergreifenden Worten in de Offic. II, 1. III, 1. de

Divin. II, 1.[238]) darlegt. Allein der Zweck, den Cicero bei dieſen ſeinen philoſophiſchen Beſtrebungen und insbeſondere bei Abfaſſung der denſelben anheimfallenden Werke im Auge hatte, war ein noch höherer und edlerer. Als trefflicher Staatsmann den reißenden Verfall der Republik erkennend, als guter Patriot vom tiefſten Schmerz ergriffen, und beſeelt von dem Streben, neues Leben dem in ſeiner Zerſetzung begriffenen Organismus einzuhauchen, unternahm es Cicero, mit Hülfe der Philoſophie eine Reform der politiſchen Zuſtände herbeizuführen. Erkennend, daß das Uebel der Republik in einer Krankheit der Wurzeln beruhte, war ihm die Hebung des ſittlichen Zuſtandes der Nation bei ſeinen Beſtrebungen ebenſowohl Mittel wie Selbſtzweck, und als Hebel hierfür, als ethiſche Grundlage wählte Cicero die Lehrſätze der griechiſchen Philoſophie. So diente bei den Werken de Republica, de Legibus, de Finibus bonorum et malorum, de Officiis, de Natura Deorum die Philoſophie als Mittel, zunächſt die ſittlichen, und in weiterer Folge die politiſchen Zuſtände der Nation zu heben. Ueber dieſen Zweck ſpricht ſich Cicero de Rep. III, 29. V, 1. Tusc. I, 3. II, 3. de N. D. I, 4. de Fin. I, 3. fin., de Offic. II, 2. Acad. I, 3, 11., ſowie insbeſondere de Divin. II, 2, 4. u. de Leg. I, 13, 37[239]) mit Beſtimmtheit aus, und derſelbe leuchtet aus allen philoſophiſchen Werken unzweideutig hervor[240]).

Nach allen den angegebenen Momenten haben wir aber die Stellung Cicero's zur Philoſophie zu beurtheilen: überwiegend nur die practiſche Philoſophie, die Ethik und Politik iſt es, welcher Cicero ſeine literäriſchen Beſtrebungen widmet und ſelbſt hierbei bieten ſich die philoſophiſchen Forſchungen nicht um ihrer

238) Anderweite Citate ſ. bei Stahr, Aristot. unter den Römern, p. 39. not. 1.

239) de Divin. cit.: Quod enim munus reipublicae adferre majus meliusve possumus, quam si docemus atque erudimus juventutem? His praesertim temporibus atque moribus, quibus ita prolapsa est, ut omnium opibus refrenanda ac coërcenda sit. de Leg. cit.: Ad res publicas firmandas et ad stabiliendas vires, sanandos populos omnis nostra pergit oratio.

240) Abweichend iſt die Anſicht von Stahr, Aristotelia II, p. 142. Arist. unter den Römern p. 40.; allein derſelbe unterſchätzt offenbar den Zweck der Beſtrebungen Cicero's.

ſelbſt willen dar, ſondern vornämlich nur als Mittel für weitere Zwecke. So erſcheint zunächſt dieſer Geſichtspunkt Cicero's weſentlich verſchieden von dem der griechiſchen Philoſophie: während die Letztere, erfüllt vom Drang nach Wahrheit, voll Luſt und Liebe zur Speculation, in unermüdeter Anſtrengung des Denkens dem letzten Grunde der Dinge nachgeht und in dem Wiſſen deſſelben das endliche Ziel ihres Strebens findet, den practiſchen Erfolg ihrer Erörterungen dagegen nur beiläufig und unterordnend in's Auge faßt, ſo wird bei Cicero das letzte Ziel ſeiner Reflexion ein durchaus practiſches, während die Speculation nur die erforderten Hülfsmittel dafür bieten ſoll.

Hiermit ſteht in inniger Verbindung der durchgreifende Eklekticismus Cicero's, der, begründet wohl durch die Vielſeitigkeit ſeiner philoſophiſchen Jugendſtudien, durch das von ihm angeſtrebte Ziel weſentlich gefördert werden mochte. Für die Aufſtellung eines neuen philoſophiſchen Syſtemes fehlte dem Cicero die äußere, wie auch die innere Veranlaſſung, vielmehr ward ſein Philoſophiren beſtimmt von der Rückſicht, durch Auswahl des Edelſten und Beſten der bereits gefundenen Wahrheiten den verfolgten Zweck am Kräftigſten zu fördern. So gleichen die philoſophiſchen Werke Cicero's einer Blumenleſe, welche die ſchönſten Blüthen griechiſcher Speculation zu duftendem Kranze kunſtvoll verſchlingt.

Vornämlich Plato, Ariſtoteles und vor Allem die Stoiker ſind es, deren Lehrſätze Cicero mit gewandter Fügung verbindet und deren Ideen oft in der unmittelbarſten Aufeinanderfolge faſt unmerklich in einander übergehen. Allein in der Geſammtheit der Werke Cicero's vermiſſen wir, was den Producten des Eklekticismus ſo häufig mangelt: es fehlt die durchgreifende Einheit, welche das Reſultat iſt der eigenen freien Verarbeitung der leitenden Ideen. Und gleichwie die Syſteme ſelbſt, deren Reſultate Cicero vereinigt, einander widerſprechend und fremd in vielen Punkten gegenüberſtehen, ſo blickt nicht allein der Widerſpruch, der in den leitenden Fundamentaldogmen jener Syſteme herrſcht, auch durch die von Cicero adoptirten Folgeſätze hindurch, ſondern Cicero unterliegt auch der Gefahr, welche jedem Eklektiker droht: er nimmt in das eine ſeiner Werke Sätze auf, welche den in dem anderen Werke bereits ausgeſprochenen

Lehren direct widerſtreiten und das Bild eines völlig unlösbaren Widerſpruches bieten.

So würden wir bei Cicero vergeblich ein ſelbſtſtändiges Vorgehen auf der Bahn der Wahrheit ſuchen; ein ureignes Forſchen zu Löſung der Probleme, ein unabhängiges Eingehen in die Tiefen der Speculation vermiſſen wir: wir finden im Weſentlichen nur einen Bau, der aus fremdem Materiale errichtet iſt. Allein immerhin bewundern wir die Kunſt des Werkes und den feinen Geſchmack ſeines Meiſters, der das Schönſte, was die Philoſophie ihm bot, zu einem in ſeinen einzelnen Theilen anſprechenden und würdevollen Ganzen zuſammengefügt.

§. 36.

Grundlagen der Ethik Cicero's.

Auf drei Hauptpfeilern ruht das Gebäude der ethiſchen Lehre Cicero's: den Büchern de Finibus bonorum et malorum, de Officiis und de Legibus, und alle dieſe Werke ſind einem doppelten Geſichtspunkte unterzuordnen.

Die Geſammtheit der ethiſchen Lehren ward nämlich zuerſt von den Stoikern in zwei Theile zerlegt: in den theoretiſchen und den practiſchen [241]). Der theoretiſche und allgemeine Theil, die pars contemplativa, δογματικὴ, behandelt die Fundamentalſätze der Ethik, die decreta oder δόγματα, auch scita, placita genannt. Seine Hauptaufgabe bildet die Erforſchung des höchſten Gutes, woneben alle Fragen allgemeinerer Beſchaffenheit ihm anheimfallen, ſo namentlich die Erörterung über das Weſen und die Natur der Pflichten im Allgemeinen, daher Fragen, wie: omniane officia perfecta sint? num quid officium aliud alio majus sit? [242]) und dergl. Cicero, jener Eintheilung folgend, hat dieſen decreta philosophiae vornämlich die Bücher de Finibus bonorum et malorum gewidmet [243]), dabei jedoch die dieſem Theile angehörige Unterſuchung über das ethiſche Geſetz ſelbſt im erſten Buche de Legibus beſonders behandelt.

241) Dieſe für die Beurtheilung der moralphiloſophiſchen Schriften Cicero's nicht unwichtige Bemerkung bietet Senec. Epist. XCIV. XCV., deſſen reichhaltige Notizen hierüber zu vergleichen ſind.

242) Cic. de Off. I, 3. Senec. Ep. XCV.

243) de Fin. I, 4.

Der practiſche und beſondere Theil der Ethik, die pars praeceptiva, παραινετική, auch activa genannt, begriff die praecepta philosophiae und beſchäftigte ſich namentlich mit der Anwendung und Uebertragung des im erſten Theile gewonnenen Reſultates auf die Verhältniſſe des Verkehres und Lebens und den danach für den Menſchen ſich ergebenden beſonderen Pflichten, womit zugleich die die Ethik betreffenden Nebenfragen verbunden wurden [244]). Im Einzelnen ſcheint hierbei das Verfahren wiederum ein doppeltes geweſen zu ſein, indem man entweder die Pflichten je nach den beſonderen Verhältniſſen des Lebens erörterte, ſo daß dann dieſer Theil der Philoſophie z. B. die Fragen erörterte: quomodo maritus se gerat adversus uxorem; quomodo pater educet liberos; quomodo dominus servos regat [245]); oder indem man die Pflichten nach abſtracteren leitenden Geſichtspunkten erörterte. Den letzteren Weg ſchlug Panaetius in ſeinem Werke über die καθήκοντα ein, indem er, die Qualität der Handlungen in's Auge faſſend, ſolche nach dem Geſichtspunkte der honestas, utilitas und des Widerſpruches zwiſchen Beiden erörterte. Dieſe Unterſuchung giebt Cicero in ſeinen Büchern de Officiis, wobei er, dem Vorgange des Panaetius folgend, den von demſelben gegebenen Abſchnitten noch zwei neue beifügt, in denen die Handlungen auch nach den Gradationen des honestum und utile beurtheilt werden. [246]). Hierzu kommen ſodann das zweite und die folgenden Bücher de Legibus, in welchen Cicero diejenigen Vorſchriften niederlegt, in denen das poſitive Geſetz die göttlichen Gebote zu reproduciren berufen erſchien.

Den Mittelpunkt dieſer ethiſchen Unterſuchungen nun bildet der Begriff des höchſten Gutes, welchen Cicero zurückführt auf

---

244) Cic. de Off. I, 3. Senec. Ep. XCIV. XCV.

245) Senec. Ep. XCIV.

246) de Off. I, 3. Daß Cicero in den Officien den Stoikern im Allgemeinen, wie dem Panaetius insbeſondere im Weſentlichen folgte, beſagt er ſelbſt de Offic. I, 2, 67., wozu vergl. Beier ad h. l., II, 17, 60. III, 2, 7., ſowie ad Attic. II, 2.; den Grund davon deutet er an de Off. III, 4, 20. Wegen des sequi, womit Cicero dieſes Betreten fremder Fährte diplomatiſch zu bezeichnen liebte, vergl. Stahr, Aristotelia II, p. 143., Aristot. unt. d. Röm. p. 41.

die den Stoikern entlehnte Grundformel aller ethiſchen Gebote: congruenter naturae convenienterque vivere [247]). Dieſe convenientia wird auf die menſchliche Natur ſelbſt bezogen und durch den Hinweis auf die Thiere gerechtfertigt, deren Betrachtung lehre, daß dieſelben von ihrer Geburt an ihrer Natur Folge leiſten und daß gerade hierin deren Beſtimmung zu erkennen ſei, während andrerſeits die Verſchiedenheit zwiſchen Thier und Menſch lediglich eine Verſchiedenheit des Umfanges und der Beziehungen jenes Gebotes begründe [248]). Demgemäß wird die Wiſſenſchaft der eigenen Natur zur Einſicht in das Weſen des höchſten Gutes, wie auch der Glückſeligkeit unbedingt erfordert und die Erforſchung jener convenientia geht daher conſequenter Weiſe von der Betrachtung der menſchlichen Natur aus [249]).

Der Menſch beſteht aber aus Körper und Geiſt, corpus et animus, und der Geiſt wiederum enthält zwei Vermögen: den sensus, die vernunftloſe Kraft, und die ratio, die intellectuelle Kraft. Die sensus bezeichnen das Vermögen der pſychiſchen Wahrnehmung durch die Sinneswerkzeuge, und ihre Vollkommenheit iſt angeboren, während die ratio ebenſowohl das Erkenntniß-, wie das Willensvermögen umfaßt, und ihre Vollkommenheiten, die virtutes im eigentlichen Sinne, erworben und nur im Keime angeboren ſind [250]).

---

247) Auch secundum naturam, ex natura vivere, naturam sequi et ejus quasi lege vivere; de Fin. III, 7, 26. IV, 10, 26. V, 9, 24. 26. de Leg. I, 21, 56., namentlich de Off. III, 3, 13. u. a. m. Im Allgemeinen vergl. auch Schaaf Gratama, Diss. qua expon. Cic. philosophiae de jure, civitate et imperio principia, Groning. 1827. cap. I.

248) de Fin. III, 6. IV, 10, 25. V, 9, 24. 26. c. 15.

249) de Fin. I, 4, 11. III, 5—7. V, 6, 15. 16, 44. de Off. I, 4, 13. de Leg. I, 22, 59. Vergl. Beier, Exc. VII. ad Cic. de Off. I.

250) Ich folge hierbei unter Berückſichtigung des de Fin. V, 12, 34. 13, 36. 21, 59. Geſagten derjenigen pſychologiſchen Lehre, welche ſich Tusc. II, 21, 47. de N. D. II, 12, 34. de Off. I, 4. de Leg. I, 9. vorfindet, weil ſie der Entwickelung der Ethik Cicero's zu Grunde liegt. Anders lautet die de Fin. V. cit. entwickelte Lehre, wonach der animus aus sensus und mens und der mens wiederum aus ratio und einer unbenannten Fähigkeit beſteht, deren Vollkommenheiten ebenfalls angeboren ſind, wie die docilitas, memoria, und unter die gemeinſame Bezeichnung ingenium fallen. — Das Erkenntniß- und das Willensvermögen innerhalb der ratio ſcheidet Cicero de Off. I, 28, 101. vergl. mit I, 4, 11. de N. D. II, 12, 34.

Dieſe Organiſation des Menſchen bedingt, daß die convenientia mit der Natur ein harmoniſches Leben mit Geiſt und Körper und allen deren einzelnen Beſtandtheilen umfaßt, und daß in der letzten Vollendung dieſer zwiefältigen convenientia das höchſte Gut beſteht.

In gleicher Maaße beruht auf jener doppelten Vollkommenheit die Eintheilung der Güter in die des Geiſtes und Körpers, neben denen auch äußere Güter, wie Freunde, Eltern, Kinder, das Vaterland, anerkannt werden. Die Vollkommenheiten oder Güter des Körpers und Geiſtes ſind nun um ihrer ſelbſt willen anzuſtreben, weil durch ſie das höchſte Gut begründet wird, während die äußeren Güter an ſich dem summum bonum fremd ſind und nur dadurch mit demſelben in eine mittelbare Beziehung treten, daß ſie durch die Tugenden und Pflichten in den Kreis unſerer Beſtrebungen hereingezogen werden. Endlich waltet auch zwiſchen den Gütern des Geiſtes und Körpers ſelbſt eine verſchiedene objective Werthſchätzung ob, inſofern die den edleren Gaben des Menſchen entſprechenden Güter, die virtutes, ſelbſt als die edelſten ſich darſtellen und am Eifrigſten nachzuſtreben ſind [251]).

Auf den Vermögen des animus beruhen nun die Thätigkeiten und Kraftäußerungen deſſelben, die vis animorum atque natura,

---

251) de Fin. V, 12. 13. 16, 44. 17—24, 69. In dieſer Eintheilung der Güter in bona animi, corporis und vitae oder externa folgt Cicero dem Plato und Ariſtoteles; vergl. namentlich Acad. I, 5, 19 — 6, 22. Ariſtoteles insbeſondere (vergl. Eth. Nic. I, 8.) räumt jedoch den bona externa eine noch untergeordnetere Stellung gegenüber dem höchſten Gute ein, als Cicero. Dagegen verwirft in dieſer Lehre Cicero das von ihm de Fin. V, 11. 12. getadelte Dogma der Stoiker, daß der Menſch lediglich ſeiner ratio gemäß leben ſolle, auf Grund des Satzes, daß der Menſch nicht bloß pſychiſches, ſondern auch phyſiſches Geſchöpf ſei. Während daher die Stoiker conſequenter Weiſe das γονεῖς τιμᾶν, ἀδελφοὺς, πατρίδα, συμπεριφέρεσθαι φίλους den καθήκοντα (Diogen. Laert. VII, 107.) überweiſen, ſo wird Cicero in der Auffaſſung dieſer Beziehungen, inſoweit er darüber ſich ausſpricht, inconſequent (vergl. das bezüglich des appetitus im Texte zu Bemerkende in Verbindung mit der obigen Lehre von den äußeren Gütern). — Das Streben nach jenen Gütern des Geiſtes und Körpers unterſtützt die Natur theils durch die Neigung dazu, theils durch den Thätigkeitstrieb im Allgemeinen, de Fin. V, 15, 34.—21, 58.

nämlich auf den sensus der appetitus oder die ὁρμή, auf der ratio die ratio oder cogitatio[252]). Der appetitus, der in rein instinctiver Weiſe zum Handeln anregende Trieb (vis, quae hominem huc et illuc rapit, impellit ad agendum), iſt allen lebenden Weſen, Menſchen wie Thieren gemeinſam, und auf ihn ſtützt ſich ſowohl der Trieb zur Selbſterhaltung, daher das Streben, theils Gefahren abzuwenden, theils das zum Leben Erforderliche zu gewinnen, als auch der Geſchlechtstrieb und die damit verknüpfte Liebe zur Nachkommenſchaft. Die ratio dagegen begründet in Gemeinſchaft mit der Gabe der Sprache die weſentliche Verſchiedenheit zwiſchen Menſch und Thier und die hohe Stellung des Erſteren. Sie iſt das höchſte Gut des Menſchen, der Götterfunke ſelbſt, und, den Thieren verſagt, begründet ſie eine Gemeinſchaft zwiſchen Gott und dem Menſchen. Sie befähigt den Letzteren, daß er ſeinen Geiſt bildet, daß er forſcht und erwägt, daß er höherer Genüſſe fähig iſt, namentlich auch, daß er den Anforderungen des appetitus zu widerſtehen vermag, während das Thier blindlings ſeinen Trieben Folge leiſtet[253]).

Die ratio zerfällt wiederum in vier Vermögen: die veri inquisitio et investigatio (Sinn für das Wahre); die ratio qua societas hominum inter ipsos et vitae quasi communitas continetur (Sinn für geſellige Ordnung), welche in ihrem letzten Grunde auf der dem Menſchen von der Natur eingepflanzten Liebe zu

---

252) Ueber den appetitus vergl. de Off. I, 4. init. 17, 54. de N. D. II, 47, 122. 48. fin. de Fin. III, 7, 23. IV, 11, 27. V, 6, 17. c. 9. 14, 40. Ueber appetitus und ratio: de Off. I, 16, 50. 28, 101. 29, 101—103. 30, 105. 36, 132. de N. D. II, 12, 34. Cogitatio findet ſich: de Off. I, 36, 132.; mit der ratio identificirt: de N. D. II, 7, 18. III, 28, 71.; ratio et cogitatio: de Leg. I, 7, 22. Ueber die ὁρμή der Stoiker vergl. Tennemann, l. c. IV. p. 66 u. 118 sq. und dazu Stob. Ecl. I. p. 876. Sext. Emp. VII, 237. Diogen. Laert. VII, 84 sq. Ariſtoteles führt die Kundgebungen des appetitus auf das φυσικόν zurück; vergl. namentlich Polit. I, 1, 4. u. Cic. de Fin. IV, 7, 17. Vergl. endlich auch §. 56.

253) de Off. I, 4. 16. 30. de Leg. I, 7, 23. de N. D. II, 14. de Fin. II, 14, 45. Augustin. c. Jul. pelag. IV, 60. nach Cic. de Rep. Wohl zu bemerken iſt endlich, daß Cicero in der ratio ebenſowenig, wie die Stoiker in dem λόγος (Vergl. §. 27. Note 205.) das Vermögen zur Erkenntniß, den Act des Erkennens und das Product deſſelben, die Vorſtellung unterſcheidet; ſ. unten §. 37. Note 266.

ſeinen Mitmenſchen beruht (auf dem amor ad communem salutem defendendam oder darauf quod natura propensi sumus ad diligendos homines, de Rep. I, 1. de Leg. I, 15, 43.); ferner die appetitio quaedam principatus ut nemini parere animus bene a natura informatus velit, nisi praecipienti aut docenti aut utilitatis causa juste et legitime imperanti (Sinn für Unabhängigkeit); endlich die Empfänglichkeit dafür, quid sit ordo, quid sit, quod deceat, in factis dictisque qui modus (Sinn für das Schöne und Schickliche). [254])

Mit dieſen Anlagen vornämlich ſoll nun der Menſch übereinſtimmend leben und jene höchſte Vollkommenheit derſelben erringen, welche die Tugend iſt. Daher iſt die virtus ein animi habitus naturae modo atque rationi consentaneus, eine affectio animi constans conveniensque [255]). Den Maaßſtab aber für dieſe Harmonie und deren Vorſchriften enthält das Naturgeſetz, die lex naturae. Dieſes Geſetz ſelbſt hat ein doppeltes Gebiet ſeiner Herrſchaft: gleichwie nämlich die ganze Welt auf doppelten Principien beruht, auf Geiſt und Materie, und ſo auch der Menſch aus Geiſt und Körper beſteht, ſo beherrſcht nun das Naturgeſetz die Materie ſowohl, wie den Geiſt. In der erſteren Beziehung iſt es daher Geſetz der phyſiſchen Natur und regelt bezüglich des Menſchen die harmoniſche Entwickelung ſeiner körperlichen Anlagen; in der letzteren Beziehung iſt es für den Menſchen theils Geſetz der sensus und des appetitus [256]), theils Geſetz für die ratio, ſomit für das Erkenntnißvermögen, wie für die Willensbeſtimmung.

Die Bedeutung der lex naturae als Geſetz der ratio läßt nun dieſelbe als ethiſches Geſetz erſcheinen, und dieſe Beziehung iſt es, welche bei Cicero in einer überwiegenden Maaße hervortritt, für uns aber den alleinigen Gegenſtand der Unterſuchung bildet.

---

254) de Off. I, 4.

255) de Inv. II, 53, 159. Tusc. IV, 15, 45. Vergl. de Fin. I, 23. 66. fin.

256) In dieſer Beziehung findet ſich die lex naturae z. B. de Off. I, 29.

§. 37.

Lex naturae.

Die lex naturae [257]) oder lex naturalis [258]), oder summa, vera lex [259]), oder lex divina et humana [260]), auch lex ſchlechthin [261]), nicht minder auch natura, namentlich im Gegenſatze zur lex, als dem poſitiven Geſetze [262]), oder caelestis lex im Gegenſatz zu den populares leges genannt [263]), — dieſe lex iſt das Gebot Gottes ſelbſt, hervorgegangen aus deſſen ratio, und Gott ſelbſt inwohnend und in und mit Gott auch dem Weltall und der Natur. Daher iſt dieſe lex ſelbſt eine summa oder recta ratio, wie eine mens oder ratio Dei, und eine ratio naturae. Sie iſt von Gott den Menſchen geſetzt als Anforderung an deſſen ratio: als Vorſchrift des zu Thuenden und zu Unterlaſſenden. Unabhängig von der Meinung und individuellen Anſchauung der Menſchen, wie der Nationen, iſt ſie communis lex naturae: uranfängliche und ewige, gleichmäßige und unabänderliche Vorſchrift für alle Zeiten und Völker, ein Ausdruck der abſoluten Wahrheit, der höchſten Weisheit Gottes [264]):

Lex est recta ratio in jubendo et vetando; de Leg. I, 12, 33.

---

257) Tusc. I, 13, 30. de Off. III, 6, 27. 30. 31. 17, 69. u. ö.

258) de N. D. I, 14. u. ö.

259) de Leg. I, 6. u. ö.; vera lex: Cic. de Rep. III. bei Lactant. Div. Inst. VI, 8, 7.

260) de Off. III, 5, 23.

261) de Leg. I, 6. Phil. XI, 12.

262) Partit. Or. 37. de Off. III, 5, 26. 6, 27. de Leg. II, 24. u. ö. Von dieſer Bedeutung iſt wohl zu ſcheiden die anderweite von Natur der Dinge, welche ſich z. B. de Orat. II, 30, 132. (natura causae), de Inv. I, 28, 43. (naturae negotii), de Inv. I, 11, 14. (aequi et recti natura), u. ö. vorfindet.

263) de Leg. II, 4, 9.

264) Ratio naturae findet ſich de Off. III, 5, 23.; communis lex naturae, de Rep. I, 17; lex naturae, commune jus gentium, de harusp. resp. 15, 32.; im Uebrigen vergl. die nachfolgenden Stellen; zu dieſen wiederum, welche den Sätzen der Stoiker über den κοινὸς νόμος nachgebildet ſind, vergl. §. 27. Ueber das Verhältniß der Lehre Cicero's über die lex naturae zu den ſtoiſchen Lehrſätzen können die, obwohl ungenügenden Bemerkungen von Turnebus, Apolog. ad Cic. de Leg. p. 6. und deſſen Commentar, ſowie Görenz, Praef. ad Cic. de Leg. p. XXV, Moser, Praef. zu demſ. p. XXIX, ſowie die hierſelbſt in Note * Citirten verglichen werden.

Lex est recta ratio imperandi atque prohibendi; de Leg. I, 15, 42.

Lex est ratio summa, insita in natura, quae jubet, quae facienda sunt, prohibetque contraria; de Leg. I, 6, 18.

Est enim lex nihil aliud, nisi recta et a numine Deorum tracta ratio, imperans honesta, prohibens contraria; Phil. XI, 12, 28.

(Lex est) ratio profecta a rerum natura et ad recte faciendum impellens et a delictis avocans; quae non tum denique incipit lex esse, cum scripta est, sed tum, cum orta est. Orta autem est simul cum mente divina. Quamobrem lex vera atque princeps, apta ad jubendum et ad vetandum ratio est recta summi Jovis; de Leg. II, 4, 10.

Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat, quae tamen neque probos frustra jubet aut vetat, nec improbos jubendo aut vetando movet. Huic legi nec obrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet, neque tota abrogari potest. Nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus; neque est quaerendus explanator aut interpres ejus alius; nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac. Sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium Deus: ille legis hujus inventor, disceptator, lator; cui qui non parebit, ipse se fugiet, ac, naturam hominis aspernatus, hoc ipse luet maximas poenas, etiam si cetera supplicia, quae putantur, effugerit; de Rep. III. bei Lactant. Div. Inst. VI, 8, 7.

Sequitur ut eadem sit in his, quae in genere humano, ratio, eadem veritas utrobique sit eademque lex: quae est recti praeceptio pravique depulsio; de N. D. II, 31, 79.

Summa lex, quae saeculis omnibus ante nata est, quam scripta lex ulla aut quam omnino civitas constituta; de Leg. I, 6, 19.

Una continemur omnes et eadem lege naturae; de Off. III, 6, 27.

Est enim haec — non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus; ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus; pr. Mil. 4, 10.

Das Gebot dieſer summa lex, als des ethiſchen Geſetzes wird in qualitativer Beziehung im Allgemeinen aufgefaßt als das rectum, noch häufiger jedoch als das honestum, daher die honestas (in dieſem objectiven Sinne) die Ethik ſelbſt und die durch die Gebote der summa lex gegebene Richtſchnur des ethiſchen Verhaltens des Menſchen iſt [265]). Zur vollkommenen Erkenntniß dieſer summa lex gelangt der Menſch durch eigene Thätigkeit: die Vorſtellung von den Geboten der lex iſt in ihren Grundlagen als Keim und in kleinen Verhältniſſen dem Menſchen eingeboren; allein die ungetrübte Erkenntniß derſelben, die volle Anſchauung ihres Reichthums und ihrer Herrlichkeit iſt lediglich die Frucht des ernſten Strebens und Ringens nach höchſter Wahrheit. Daher wohnt ebenſowohl jedem Menſchen eine Wiſſenſchaft der summa lex inne, wie andrerſeits die Verſchiedenheit der Erkenntniß eine Abſtufung in dem Wiſſen begründet [266]).

Der summa lex oder honestas i. d. S. entſpricht die virtus

265) Wegen dieſer honestas vergl. namentlich de Off. I, 3—5. III, 2—4. de Leg. I, 16, 44. Das honestum tritt namentlich hervor in der citirten Phil. IX, 12. Rectum und honestum verbunden finden ſich de Off. III, 21. init. Orat. 21, 72. de Rep. I, 2. ad Fam. V, 19, 1. de Fin. III, 14, 45. de Inv. I, 1, 1. 3, 4. 5. u. ö. vergl. namentlich de N. D. I, 14. Rectum oder honestum ſind natürlich auch verum, ſo de Leg. II, 5, 11., oder bonum, ſo de Fin. V, 17, 58.

266) de Leg. I, 17, 46. 47. Mit obiger Lehre kehrt Cicero zu dem von den Stoikern verworfenen Dogma von angeborenem Begriffe zurück. Die Sätze Cicero's hierüber finden ſich vornämlich in de Fin. V, 15, 43. 21, 59. 60. de N. D. II, 13, 34. de Leg. I, 6, 18. 16, 44. pr. Mil. 4, 10. Der Begriff iſt jedoch nur, wie bei Plato, im Keime angeboren, daher wenn nach pr. Mil. cit. die lex ſelbſt angeboren iſt, dies nur in jener Beſchränkung zu verſtehen iſt. Wenn dagegen Cic. de Fin. III, 7, 23. die perfecta ratio angeboren ſein läßt und de Leg. I, 12. ſagt: quibus ratio a natura data est, iisdem etiam recta ratio data est, ergo et lex quae est recta ratio, ſo liegt dem eine Unklarheit zu Grunde, die darauf beruht, daß Cicero unter der recta ratio das Vermögen zum Erkennen des Richtigen, die Erkenntniß des Richtigen, und die Vorſtellung des Richtigen, ebenſo wie die summa lex begreift, vergl. oben §. 36. Note 253. Das Unterordnen dieſer verwandten Beziehungen unter Eine Bezeichnung begünſtigte jene Schlußfolgerung, welche in offenem Widerſpruche ſteht mit der wiederholt ganz beſtimmt ausgeſprochenen Perfectibilität des Begriffes von der summa lex, ſo de Leg. I, 6, 18.: eadem ratio, cum est in hominis mente confirmata et confecta, lex est.

oder die honestas (in dieſem ſubjectiven Sinne) [267], die wiederum eine doppelte Beziehung umfaßt: das Wiſſen der summa lex, und deren Wollen und Bethätigen, die scientia und usus, ſomit alſo die cognitio contemplatioque naturae und die actio rerum [268]. Das Wiſſen der summa lex insbeſondere iſt die sapientia, welche ſomit die Vollendung der ratio in der Erkenntniß der Gebote der summa lex, die rerum divinarum atque humanarum scientia iſt [269], daher die summa lex ſelbſt als ratio mensque sapientis ad jubendum et deterrendum idonea aufgefaßt wird (de Leg. II, 4, 8.). Sonach iſt dieſe sapientia der Ausgang aller Tugend und die Grundlage der honestas, welche ſelbſt die weſentlichſte Beſtimmung des Menſchen bildet: ad honestatem nati sumus (de Off. III, 8, 35.). Indem nun Cicero dieſen Sätzen die ſtoiſche Lehre von den ἀδιάφορα, den προηγμένα

267) Honestum, honestas haben bei Cicero eine vierfache Bedeutung: a) als Inbegriff der Gebote des Sittengeſetzes, Ethik; b) als Inbegriff der Tugenden, ethiſches Verhalten, daher identiſch mit virtus überhaupt; hierüber vergl. de Fin. IV, 7, 18. V, 21, 58. 60. 22, 61. 23, 66. de Off. III, 3, 13.; c) als concrete Kundgebung der virtus, ethiſche Handlung, worüber vergl. de Fin. V, 23, 64. 66.; d) als uneigentliche honestas analog der Bedeutung von a. u. b., worüber vergl. Note 269.

268) de Rep. I, 2. init. de Off. I, 43, 153. Daher ſagt Cic. de N. D. II, 14, 37: homo ortus est ad mundum contemplandum et imitandum. In dieſer Unterſcheidung ſcheint Cicero dem Ariſtoteles gefolgt zu ſein nach de Fin. II, 13, 40.: hominem ad duas res, ut ait Aristoteles, ad intelligendum et ad agendum, esse natum, quasi mortalem Deum, wozu vergl. Eth. Nic. X, 9, 1. 2. Wegen virtus vergl. namentlich de Leg. I, 8, 15. c. 16. fin. c. 17. init.; de Off. III, 3—4, 16.; de Fin. V, 14. 38.

269) de Offic. I, 43, 153. de Leg. I, 7, 22. Vergl. die Citate bei Beier zu de Off. cit. und de Leg. I, 22, 58. Nach dem Obigen ſetzt ſomit die honestas die sapientia unabweisbar voraus, und iſt nur dem vir sapiens eigen; dies iſt die honestas im eigentlichen Sinne (quod proprie dicitur vereque est honestum). Allein im uneigentlichen Sinne (quod communiter appellamus honestum) wird auch ſchon dem vir bonus honestas beigelegt, de Off. III, 3, 13. — 4, 17. Vir bonus bezeichnet aber hier denjenigen, der nicht, wie der vir sapiens, das officium rectum, ſondern nur die officia media erfüllt, worüber ſ. oben im Text. In einer anderen Bedeutung iſt vir bonus ſynonym theils mit vir sapiens im Allgemeinen, ſo de Fin. III, 19, 64. Tusc. V, 10, 28. Lael. 5. de Offic. II, 12, 42. (justus et bonus vir), theils mit vir justus insbeſondere, ſo de Off. I, 7, 20. II, 11, 38. III, 15, 64. 19, 76. 20, 81. 82. Vergl. auch Beier zu de Offic. I, 7. p. 46.

und ἀποπροηγμένα beifügt, ſo treten nun die κατορθώματα, die recta, recte facta, officia recta oder perfecta, in eine Congruenz mit den Tugenden ſelbſt, während die καθήκοντα, die officia oder officia media die dem tugendmäßigen Verhalten lediglich ſich annähernden, geziemenden und lobenswerthen Handlungen vertreten [270]).

Gleichwie nun die ratio aus vier Vermögen beſteht, welche in ihrer Geſammtheit die Vehikel der Ethik, der honestas, die res, ex quibus conflatur et efficitur honestum [271]), bilden, und die natürliche Grundlage aller Tugenden, der honestas i. d. S. ſind, ſo ſind auch die Tugenden, wie die ethiſchen Gebote ſelbſt vierfältig: einem jeden Vermögen der ratio entſpricht eine beſtimmte Cardinaltugend und eine beſondere Parthie der Anforderungen der summa lex [272]).

Dem Sinne für das Wahre entſpricht als Tugend die prudentia oder cognitio oder prudens ratio, d. i. die rerum bonarum et malarum neutrarumque scientia, oder rerum expetendarum fugiendarumque scientia, oder diejenige Tugend, welche in delectu bonorum et malorum cernitur [273]).

Dem Sinne für Unabhängigkeit entſpricht die magnanimitas oder fortitudo oder magnitudo animi humanarumque rerum contemtio oder fortis ratio, d. i. die considerata periculorum susceptio et laborum perpessio, oder diejenige Tugend, welche in laboribus periculisque cernitur.

Dem Sinne für das Schöne und Schickliche entſpricht die moderatio oder temperantia et modestia oder die temperata ratio, d. i. die rationis in libidinem atque in alios non rectos impetus animi firma et moderata dominatio, oder diejenige Tugend, welche in praetermittendis voluptatibus cernitur [274]).

---

270) Da Cicero in dieſem Punkte im Weſentlichen nur die ſtoiſche Lehre wiederholt, ſo begnüge ich mich, auf § 27. Note 211. zu verweiſen, wo die betreffenden Citate gegeben ſind.

271) de Off. I, 4, 14. de Fin. V, 21, 58, 60.

272) de Offic. I, 5. 43, 152. III, 25, 96. de Fin. V, 21, 58. 23, 67. de Inv. II, 53. 54. Vergl. Auctor ad Herenn. III, 2, 3. — 4, 7. Vergl. auch Beier Ex. X. ad Cic. de Offic. I.

273) de Off. I, 6. 43, 153. de Inv. II, 53, 160. de Fin. V, 23, 67.

274) Ueber fortitudo ſ. de Off. I, 19—26. de Inv. II, 53, 163. de Fin. V, 23, 67. Ueber moderatio: de Off. I, 27—42. de Inv. II, 53, 164. de Fin. V, 23, 67. Vergl. auch Beilage I. § 4.

Endlich dem Sinne für geſellige Ordnung entſpricht die communitas oder justitia oder justa ratio, welche wiederum in die justitia i. e. S. und in die beneficentia zerfällt. Beide umfaſſen alle Beziehungen, welche dem Menſchen im Verkehre mit ſeinen Mitmenſchen obliegen: societatem hominum inter ipsos et vitae quasi communitatem continent (de Off. I, 7, 20.), und, indem ſie die allgemeine Menſchenliebe in ſich einſchließen und die Fundamente alles geſelligen Zuſammenlebens und ſomit auch des Staates bilden, ſo ſind ſie die wichtigſten und edelſten, ja die Grundlagen aller Tugenden [275]).

Die beneficentia insbeſondere characteriſirt ſich als benignitas, liberalitas, comitas, bonitas und ſie begreift das die Ertheilung von Wohlthaten und Liberalitäten betreffende Verhalten [276]), dagegen alle übrigen gegenſeitigen menſchlichen Beziehungen fallen anheim der justitia i. eng. S., welche definirt wird, als:

animi affectio suum cuique tribuens atque societatem conjunctionis humanae munifice atque aeque tuens; de Fin. V, 23, 65.

habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem; de Inv. II, 53, 160 [277]).

oder diejenige Tugend, welche in suo cuique tribuendo cernitur; de Fin. V, 23, 67 [278]).

Von den Geboten der summa lex dagegen entſpricht dem Sinne für das Wahre die Summe derjenigen Vorſchriften, welche das Streben nach Wahrheit gebieten: ea pars honesti, quae in

---

275) de Off. I, 7—18. 43—45. III, 5—6. de Fin. V, 23, 65. 66. de Leg. I, 15. de Rep. II, 42—44. Ueber die anderweite Eintheilung der justitia in pietas, sanctitas und justitia vergl. Beilage I. § 2—4.; dieſe letztere justitia umfaßt wiederum die obige beneficentia und justitia.

276) de Off. I, 14—18. III, 5, 24. 6, 28. de Fin. V, 23, 65.

277) de Off. I, 7—13. Statt suum cuique tribuens und suam cuique tribuens dignitatem läßt ſich nach Maaßgabe von de Off. I, 14, 42. auch ſetzen: pro dignitate cuique tribuens; vergl. auch Auct. ad Herenn. III, 2, 3.: justitia est aequitas jus unicuique tribuens pro dignitate cujusque. Es iſt dies immer nur das ἀπονεμητικὸν τῆς ἀξίας ἑκάστῳ der Stoiker (§. 29. Note 216) oder das διανεμητικὸν τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ des Plato (§. 23).

278) Dies iſt die φρόνησις ἐν ἀπονεμητέοις des Zeno, §. 29. Ob übrigens jene Definitionen der justitia im weiteren oder im engeren Sinne gelten, darüber ſpricht Cicero ſich nicht mit Beſtimmtheit aus; jedoch deutet de Fin. V, 23, 65. das Letztere an.

perspicientia veri solertiaque versatur; dem Sinne für Unabhängigkeit die Anforderung geistiger Größe: ea pars honesti, quae in animi excelsi atque invicti magnitudine ac robore versatur; dem Sinne für das Schickliche und Schöne die Vorschrift des richtigen Maaßes in Worten und Thaten: ea pars honesti, quae in omnium quae fiunt quaeque dicuntur, ordine et modo versatur [279]); endlich dem Sinne für gesellige Ordnung entspricht das Recht, d. i:

ea pars honesti, quae in hominum societate tuenda tribuendoque suum cuique et rerum contractarum fide versatur; de Off. I, 5, 14.

aequitas constituta omnibus ad res suas obtinendas [280]).

Gleichwie daher die ratio in vier Vermögen und die virtus in vier entsprechende Cardinaltugenden, so zerfällt auch die lex naturae und das honestum in vier Parthien, von denen drei ohne besondere specifische Benennung sind, während die vierte als jus speciell bezeichnet ist. Dies jus ist somit derjenige Theil des honestum und der Inbegriff derjenigen Gebote der lex naturae, welche an den Sinn für gesellige Ordnung ihre Anforderung richten und diesem die justitia als die ihm entsprechende Tugend vorschreiben. Allein gleich wie die justitia die Grundlage aller Tugenden ist, so wohnt auch dem jus eine mittelbare Tragweite für alle Tugenden inne, daher dasselbe das wichtigste Element und Hauptstück der lex naturae und des honestum bildet [281]).

Insofern aber dieses jus in der dargelegten Weise auf der lex naturae beruht, wird es selbst zum jus naturae, worüber im folgenden Paragraphen das Weitere zu behandeln ist.

279) de Off. I, 5, 14.

280) Diese Definition bilden wir im Sinne des Cicero nach Maaßgabe der Definition vom jus civile in Top. 2, 9., welche lautet: jus civile est aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas. Das „ad res suas obtinendas" enthält in der That nur die andere Seite des suum cuique tribuens. Daß dieses jus lediglich ein Theil des honestum oder der Gebote der lex naturae ist, bemerkt Cicero mehrfach besonders, so de Leg. I, 16, 44. c. 18. init., sowie de Inv. II, 51, 156., wo die aequitas, welche als Princip des Rechtes zur Bezeichnung von diesem selbst steht, für eine pars quaedam honestatis erklärt wird.

281) Demgemäß sagt Cic. de Leg. I, 15, 43.: si natura confirmatura jus non erit, virtutes omnes tollentur; und hieraus erklären sich zugleich die öfteren Nebeneinanderstellungen von jus und honestum, so z. B. de Leg. I, 18, init., de Fin. III, 21, 71. u. ö.

§. 38.

Jus naturale.

Das durch die lex naturae gebotene Recht wird jus naturae [282]) oder jus naturale [283]), auch summum jus [284]), sapientium jus im Gegenſatze des Quiritium jus [285]) genannt, mitunter auch geradezu durch lex naturae [286]), oder, im Gegenſatze zur lex, als dem poſitiven Geſetze, durch natura [287]) bezeichnet, und wird, wie das honestum ſelbſt, deſſen Theil es iſt, als Gegenſtand einer philoſophiſchen Disciplin: als disciplina juris ex intima philosophia hausta anerkannt [288]).

Durch die summa lex geboten, beruht dieſes jus nicht auf freibeliebter Meinung und ſubjectivem Ermeſſen, ſondern auf natürlicher d. i. göttlicher Anordnung und Feſtſetzung [289]); daher in Gott alles Recht ſeine Grundlage findet und ſeinen Ausgang nimmt [290]). Den Menſchen iſt der Begriff dieſes Rechtes gleichmäßig eingeboren, indem ſolcher unmittelbar der ratio eingepflanzt, ſomit aber auch den Thieren verſagt iſt [291]). Daher characteriſirt ſich das jus naturae als eine auf den eingeborenen Begriff ſich ſtützende Potenz, als ein rechtliches Gewiſſen, welches in eigener, innerer Macht die Befolgung ſeiner Gebote vom Menſchen erfordert:

Naturae quidem jus esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis afferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem; de Inv. II, 22, 65.

---

282) de Inv. II, 22, 65. 67.

283) de Rep. III, 7. 11. pr. Sext. 42, 91. Orat. Part. 37, 130.

284) de Rep. V, 3.

285) de Rep. I, 17.

286) So z. B. de Off. III, 17, 69. u. öfter.

287) de Leg. I, 12, 33.: jus quod dicam naturam esse; de Fin. III, 21, 71: jus quod ita dici appellarique possit, esse naturam; Partit. Orat. 37. Top. 23 fin. de Offic. III, 5. 6. 8. Doch kann in den letzteren Stellen natura ebenſowohl die lex naturae im Allgemeinen bezeichnen.

288) de Leg. I, 5, 12.

289) de Leg. I, 10, 28.: non opinione, sed natura constitutum esse jus.

290) de Leg. I, §. 17.: natura — tota causa universi juris ac legis; ibid. §. 20. stirps juris; ibid. §. 35: ex natura ortum esse jus; ibid. §. 16 und de Off. III, 17, 72: natura fons legum et juris.

291) de Leg. I, 5, 16. 7, 22. 8, 24. 12, 33.

Natura jus est, quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem; de Inv. II, 53, 161.

Die Abgränzung dieſes Rechtes gegenüber den übrigen Geboten der summa lex beruht auf Grundlagen, die wir bereits in §. 37. darlegten und deren Betrachtung uns zugleich beweiſt, wie dem Cicero, gleich der geſammten griechiſchen Philoſophie die Scheidung der Ethik in Recht und Moral, des ethiſchen Geſetzes in Rechts- und Sittengeſetz, ſowie der Qualität der ethiſchen Handlung ſelbſt in Legalität und Moralität vollkommen unbekannt geblieben iſt. Vielmehr hält Cicero, indem er die Ethik in ihre Theile zerlegt und hiermit zugleich die Gränzen des Rechtes feſtſtellt, an einem von der modernen Anſchauung grundverſchiedenen Geſichtspunkte feſt: er gehet aus von dem dem Menſchen eingeborenen Vermögen, an welches die lex naturae ihre Anforderung richtet: dem Sinn für das Wahre, für geſellige Ordnung, für Unabhängigkeit und für das Schöne und Schickliche, daher in letzter Inſtanz die Richtung der der Ethik anheimfallenden Handlung: Wahrheit, geſellige Beziehung, Unabhängigkeit und richtiges Maaß, den leitenden Geſichtspunkt dieſer Eintheilung bildet. Das ethiſche Geſetz zerfällt hiernach in das Geſetz der Wahrheit, in das Geſetz der geſelligen Beziehungen oder das jus, in das Geſetz der Unabhängigkeit und in das Geſetz des richtigen Maaßes, während die prudentia, justitia, fortitudo und temperantia nicht dem modernen Begriffe der Tugenden anheimfallen, ſondern dem ethiſchen Verhalten entſprechen und der Sphäre von Legalität und Moralität congruent ſind.

Hieraus ergiebt ſich, daß das jus naturae von den Geboten der summa lex zwar alle diejenigen Vorſchriften enthält, welche wir dem Rechte überweiſen würden, daß jedoch noch über dieſe Sphäre hinaus das jus auch Gebote umfaßt, welche wir der Moral überweiſen, weil ſie, wenn auch die wechſelſeitigen Beziehungen der Menſchen regelnd, doch um ihres Hervortretens auf dem Gebiete der Innenwelt willen der ethiſchen Beurtheilung anheimfallen, wie z. B. die aus der Freundſchaft und empfangenen Wohlthat hervorgehenden Beziehungen. Wenn gleich daher Cicero, wie bereits vor ihm die griechiſchen Philoſophen in der Ethik das jus ganz deutlich und wahrnehmbar abgränzt und von

den übrigen Beſtandtheilen des honestum ſcheidet, ſo iſt doch der von ihm hierbei feſtgehaltene Geſichtspunkt von dem modernen durchaus verſchieden.

Gegenüber dieſer Thatſache erſcheint auch vollkommen einflußlos der von Cicero adoptirte Gegenſatz der officia media oder officia ſchlechthin und der officia recta oder perfecta [291a]). Denn dieſe Lehre ſteht einerſeits in durchaus keiner Beziehung zur antiken Zerlegung und den einzelnen Beſtandtheilen der Ethik, berührt vielmehr die letzteren nur theilweis, während ſie zum anderen Theile ganz außerhalb des Geſichtspunktes derſelben fällt; und andrerſeits beruht die Verwandtſchaft jener Eintheilung der officia mit der modernen Zerlegung der Ethik nur auf einer rein äußerlichen Aehnlichkeit, keineswegs aber auf einer weſentlichen Gleichheit. Angeregt nämlich durch Ariſtoteles, ſchieden zunächſt die Stoiker, und nach ihnen Cicero in der Handlung ſelbſt ein doppeltes Element: die äußere Erſcheinung derſelben, die Form ihres Heraustretens in die Außenwelt, und das rein pſychiſche Element derſelben, die darin wirkenden geiſtigen Beziehungen. Die honestas nun ſtellt nach beiden Richtungen hin die Anforderung der Uebereinſtimmung der Handlung mit ihren Geboten auf, daher nur diejenige Handlung eine ethiſche iſt, und dem officium rectum oder perfectum entſpricht, welche in Form, wie Inhalt mit den Geboten der lex naturae harmonirt. Außerhalb des Geſichtspunktes der Ethik dagegen fallen diejenigen Handlungen, welche lediglich in ihrer Form und äußeren Erſcheinung mit den Geboten der lex naturae übereinſtimmen, dagegen rückſichtlich der in ihnen obwaltenden geiſtigen Kraftäußerung der lex naturae nicht entſprechen. Dieſe letzteren Handlungen ſind an ſich, vom ethiſchen Geſichtspunkte aus betrachtet, vollkommen gleichgültig und indifferent, ἀδιάφορα, treten jedoch, weil ſie in dem Gegenſatze von κατορθώματα und ἁμαρτήματα, wie von Gut und Schlecht der Mitte mit anheimfallen und in Folge deſſen den officia media ſich beigeſellen, als ſolche

291a) Vergl. §. 27. Note 211. Daß dieſe Lehre auch von den Koryphäen der Rechtswiſſenſchaft anerkannt, ja wiſſenſchaftlich behandelt wurde, ergiebt ſich daraus, daß M. Junius Brutus ebenſowohl ein Werk de virtute ſchrieb (Senec. Consol. ad Helvet. 9. Cic. Tusc. V, 1. de Fin. I, 3.), als namentlich auch περὶ καθήκοντος (Senec. Ep. XCV.).

in eine gewiſſe Verwandtſchaft mit den ethiſchen Handlungen, daher ſie auch die Bezeichnung officia erhalten. Ja im uneigentlichen Sinne und nach einem mehr vulgären Sprachgebrauche wird ſogar dieſe Qualität der officia media durch honestas bezeichnet (vergl. §. 37 Note 269), allein wie bemerkt nur uneigentlich, da ebenſowenig wie der Theil das Ganze iſt, auch dieſes eine Element der honestas ſchon eine wirkliche honestas bildet.

Die Verwandtſchaft dieſer Anerkennung von officia recta und media mit unſerer Zerlegung der Ethik in Moral und Recht, in Moralität und Legalität beruht ſonach lediglich darauf, daß dort, wie hier Innenwelt und Außenwelt als Gebiet der Handlung geſchieden wird; allein eine weſentliche Verſchiedenheit liegt in der Richtung, nach welcher dieſer doppelte Geſichtspunkt verfolgt wird. Denn weil die antike Wiſſenſchaft nach dieſer doppelten Beziehung nicht die Ethik ſelbſt, ſondern lediglich die Handlung in ihre Elemente zerlegt, vielmehr die wahre honestas in ihrer Totalität beide Seiten der Handlung vorſchreibt und in ſich vereinigt, ſo erfordert nun die antike Theorie das Element, auf welchem unſer Begriff von der Legalität beruht, nicht allein bei den dem jus anheimfallenden Handlungen, ſondern auch bei denjenigen Handlungen, welche dem Gebiete der fortitudo, der temperantia und prudentia anheimfallen, während das Element, welches unſerem Begriffe der Moralität zu Grunde liegt, auch bei den Rechtsgeſchäften erfordert wird. Und wenn andrerſeits die antike Theorie nicht allein dieſe volle und vollendete, wahre und eigentliche honestas, aus jenen beiden Elementen zugleich beſtehend, ſondern auch außerhalb oder vielmehr unterhalb derſelben eine mangelhafte, unvollkommene, uneigentliche honestas anerkennt, die der Ethik ſelbſt nicht eingeordnet iſt und lediglich das Formale der Handlung, alſo dasjenige Element umfaßt, welches unſerem Begriffe von Legalität zu Grunde liegt; ſo erkennt doch jene Theorie dieſe der Legalität analoge Qualität wiederum nicht bloß an Rechtsacten an, ſondern auch an allen dem Gebiete der Ethik angehörigen Handlungen, und ſomit auch an denjenigen, welche wir lediglich nach dem Geſichtspunkte der Moralität auffaſſen und beurtheilen, daher dieſe Afterethik in der That die nämliche Sphäre hat, wie die wahre Ethik ſelbſt.

Wie wenig wir daher einerſeits leugnen mögen, daß bei

Aufstellung des Unterschiedes der κατορθώματα oder officia recta und καθήκοντα oder officia die antike Philosophie auf dem richtigen Wege zur Erkenntniß der wahren Bestandtheile der Ethik war, so dürfen wir doch andrerseits nicht verkennen, daß die Auffindung der durch die moderne Analyse geschiedenen Elemente von Recht und Moral dem Alterthume nicht gelungen ist, ja nicht gelingen konnte, sobald man an jener Lehre von den vier Cardinaltugenden und den denselben entsprechenden Theilen der honestas festhielt. Vielmehr gränzt sich das jus naturae von den übrigen Geboten der lex naturae, wie bemerkt, lediglich durch die Richtung und das Gebiet seiner Vorschriften ab: es ist der Inbegriff derjenigen Normen, welche die auf der gesellschaftlichen Ordnung beruhenden Beziehungen der Menschen sowohl zu einander selbst, wie zu den Göttern ordnen und regeln.

Das jus naturae zerfällt nun selbst wieder in ein jus humanum und jus divinum, von denen das Erstere die aequitas, das Letztere die religio als leitendes Princip anerkennt [292]). Als allgemeinste Postulate des jus naturale, als munera justitiae stellt Cicero de Offic. I, 7, 20. die beiden Sätze auf: ne cui quis noceat, nisi lacessitus injuria und ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis [293]). Der erstere Grundsatz, den Cicero de Off. III, 5. auch in der Fassung giebt: detrahere alteri et hominem hominis incommodo suum augere commodum est contra naturam, umfaßt das Verbot des inferre injuriam, wie die Gestattung des vim vi repellere [294]) und das propulsare injuriam ab iis quibus infertur (de Offic. I, 7, 23), wie auch als eine specielle Anwendung dieses Satzes die Pflicht sich ergiebt, Nichts um des eigenen Vortheiles willen zum Nachtheile des Anderen zu verschweigen, noch überhaupt durch Wort oder That

---

292) Partit. 37, 129. Aequitas und religio sind sonach Ausflüsse der honestas, jedoch nicht bloß dem jus naturae, sondern auch dem jus civile eigen. Doch erschöpfen sie die leitenden Principien des jus naturae. Wegen jener beiden Begriffe der aequitas und religio vergl. übrigens Beilage I.

293) Der zweite Grundsatz liegt in der That der Sache nach bereits dem ersten inne und ist nur formal selbstständig, da der erstere in prohibitiver Fassung das schon mit besagt, was der letztere in präceptiver Fassung besonders festsetzt.

294) Vergl. auch pr. Mil. 4.

Jemanden zu übervortheilen (de Offic. III, 13. 14. 17). Dieſem Gebote allein entſpricht, was Cicero in Top. 23, 90. als die erſchöpfenden zwei Beſtandtheile des jus naturale hinſtellt, die tuitio sui nämlich und das ulciscendi jus [295]). Bezüglich des zweiten Grundſatzes, der auch in kürzerer Bezeichnung als communio utilitatis oder in der Faſſung: ut eadem sit utilitas uniuscujusque et universorum in de Offic. III, 6. angegeben wird, wird bemerkt, daß die Natur zwar Nichts zu eigen überweiſe, wohl aber Acquiſitionsgründe in der vetus occupatio, der victoria, lex, pactio, conditio und sors anerkenne und deren Reſpectirung gebiete (de Offic. I, 7, 21.) [295a]). Eine beſondere Conſequenz aus dieſem Grundſatze iſt das Gebot: communes utilitates in medium afferre, mutatione officiorum, dando, accipiendo, tum artibus, tum opera, tum facultatibus devincire hominum inter homines societatem (de Offic. I, 7, 22). Auf beide Grundſätze endlich iſt zurückzuführen das reddere depositum, promissum facere, quaeque pertinent ad veritatem et ad fidem (de Offic. I, 10, 31). Endlich als ſpeciellere Inſtitute des jus naturale finden ſich noch angegeben die religio, pietas, gratia, vindicatio, observantia und veritas (de Inv. II, 22. und 53., wozu vergl. Tusc. I, 13, 30).

§. 39.

Jus civile.

Das durch die lex naturae gebotene Recht erſchöpft indeß noch nicht den Stoff des jus, vielmehr erkennt Cicero neben jenem eine beſondere Rechtsmaterie an, die er als jus civile

---

295) Die tuitio sui ſetzten bereits die Stoiker mit dem Rechte in Verbindung, inſofern dieſe den Trieb der Selbſterhaltung als Anlage zum Rechte auffaſſen. Dagegen das ulciscendi jus kehrt in Partit. 37, 130. in weiterer Faſſung als vicissitudo referendae gratiae wieder und wird hier als Theil des jus humanum in die gratia beim beneficium und in die punitio bei der injuria zerlegt. Hierin allenthalben ſchimmert das ἀντιπεπονθὸς ἄλλῳ des Pythagoras, wie das δίκαιον διορθωτικόν des Ariſtoteles hindurch. Vergl. §. 32.

295a) In welcher Weiſe Chryſippus insbeſondere die Vereinbarkeit des Privateigenthumes mit jener communio utilitatis deducirte, berichtet Cic. de Off. III, 20.

dem jus naturae, als civile nexum der communis lex naturae als Quiritium jus dem sapientium jus[296]), als populares leges der caelestis lex[297]), als jus[298]) oder lex[299]) oder institutum[300]) der natura gegenüberſtellt.

Indem ſomit Cicero in Wahrheit das universum jus in das jus naturae und jus civile zerlegt[301]), ſo umfaßt nun in dieſem Gegenſatze das Erſtere das auf der natura, das Letztere hingegen das auf legislativer Conſtituirung beruhende Recht. Allein innerhalb dieſer Gränzbeſtimmung jenes Gegenſatzes iſt die Bedeutung der beiden Eintheilungsglieder wiederum eine doppelt verſchiedene, bedingt dadurch, daß der leitende Geſichtspunkt, der bei jener Eintheilung maaßgebend iſt, in Wahrheit als ein zwiefältiger ſich darſtellt, indem Cicero dabei ebenſowohl den Urſprung und die Quelle der in Betracht gezogenen Rechtsmaterie, wie andererſeits auch den nächſten und unmittelbaren Grund der Gültigkeit und Herrſchaft derſelben als Recht in's Auge faßt. Inſofern nämlich Cicero den letzteren Geſichtspunkt als maaßgebenden Eintheilungsgrund anerkennt, ſo umfaßt das jus naturae alles Recht, deſſen Herrſchaft durch eine rechtsconſtituirende Form nicht vermittelt iſt, ſondern unmittelbar und ausſchließlich auf der lex naturae beruht, während im Gegenſatze hierzu das jus civile diejenigen Rechtsſätze umfaßt, deren Herrſchaft auf äußerem Medium, auf einer rechtsconſtituirenden Form beruht, ſei dies lex, senatusconsultum, mos, auctoritas Ictorum oder dergl. Dieſer Eintheilungsgrund herrſcht vor in Orat. Part. 37., wo Cicero das jus scriptum, jus gentium und die mores majorum dem jus civile überweiſt; ferner de Inv. II, 22, 67. und Orat. Part. 18, 62., wo unter den naturae jura nur die auf ihrer urſprünglichen formloſen Unmittelbarkeit beruhenden Gebote der lex naturae begriffen ſind; nicht minder de Off. III, 17, 71., wo Cicero den Begriff eines jus civile ductum a natura aufſtellt; endlich de Off. I, 16, 51. III, 23, 9. u. ö.

---

296) de Rep. I, 17.
297) Vergl. die Note 263.
298) de Inv. II, 22.
299) So z. B. Part. 37, 130. de Leg. I, 5, 13. II, 24. de Off. III, 17.
300) Top. 23. fin.
301) de Leg. I, 4, 5.

Insofern dagegen Cicero je nach seiner letzten Quelle das Recht eintheilt, so ergeben sich als die Eintheilungsglieder das aus der lex naturae herfließende Recht, das jus naturae, und das dieser lex fremde, durch rechtsconstituirende Willensäußerung in's Leben gerufene Recht, das jus civile. Diese Eintheilung findet sich vor in de Inv. II, 22, 65. und 53, 161., wo Cicero das jus naturae auf eine quaedam innata vis im Gegensatze zur opinio stützt; Tusc. I, 13: omni in re consensio omnium gentium lex naturae putanda est, u. ö., überhaupt aber allenthalben da, wo Cicero das jus naturae unmittelbar durch Bezugnahme auf die summa lex characterisirt (Vgl. §. 37).

Indem nun Cicero zwischen beiden Eintheilungen planlos umherschwankt, höchstens in der Weise eine gewisse Regelmäßigkeit beobachtend, daß die Erstere derselben vornämlich dann maaßgebend ist, wenn er das Recht in seiner Existenz, die letztere vornämlich dann, wenn er dasselbe in seiner Entstehung in's Auge faßt; so ist nun die Folge solchen Verfahrens die, daß ein gewissermaaßen neutrales Rechtsgebiet sich vorfindet, wo, je nachdem der erste oder der zweite jener Eintheilungsgründe in concreto vorherrschend ist, beide Gegensätze in Einer Norm sich vereinigen, in derjenigen Satzung nämlich, welche durch die lex naturae geboten und durch äußere rechtsconstituirende Form confirmirt ist, da nach der ersten Eintheilung dieses Recht dem jus civile, nach der zweiten Eintheilung aber dem jus naturae anheimfällt.

Indem nun Cicero in Orat. Part. 37. und de Inv. II, 22. jener ersten Eintheilung folgend, das gesammte Recht in natura und lex, d. i. in jus naturale und jus civile zerlegt, auch diesen Gegensatz ebensowohl im jus divinum, wie humanum statuirt, so erkennt er nun in dem jus civile einen doppelten Bestandtheil an: das der lex naturae entstammte und das ihr fremde Recht. Im Allgemeinen bildet das Erstere die Grundlage des jus civile und dieses geht sonach in seiner Materie von der lex naturae, als dem Urquell allen Rechtes aus. Denn zunächst treten einige von den Satzungen der lex naturae um ihrer Zweckmäßigkeit, der utilitas willen, theils uns bewußt, theils unbewußt in die Gewohnheiten des täglichen Lebens über; sodann aber ergreift auch das positive Gesetz den durch die lex

naturae gebotenen Stoff, indem es theils einigen der gewohnheitsrechtlichen, aus jener lex entstammten Satzungen noch die ausdrückliche legislative Sanction ertheilt, theils auch seine Vorschriften unmittelbar aus der lex naturae entnimmt um der derselben inwohnenden Kraft der inneren Wahrheit willen:

Jus ex quibus rebus constet, considerandum est. Initium ergo ejus ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem approbata quaedam a consuetudine aut a vero utilia visa legibus esse firmata; de Inv. II, 22, 67.

Ejus (sc. justitiae) initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit; Ibid. II, 53, 160.

Neben diesen, der lex naturae entstammten Normen kennt jedoch das jus civile noch andere, jener lex fremde Satzungen, welche durch besondere Umstände zur Herrschaft berufen worden sind. Ihre Gültigkeit beruht mehr auf der Gunst äußerer Verhältnisse, als auf eigener, innerer Kraft, und ihre Herrschaft ist daher nur eine zeitliche und locale, nicht wie bei jenen Normen eine ewige und allgemeine:

Quae sunt varie et ad tempus descripta populis, favore magis, quam re legum nomen tenent; de Leg. II, 5, 11.

Diese Duplicität der civilen Rechtsmaterie wird zwar nur in dem Gesetzesrechte allein hervorgehoben, allein immerhin wird doch auch im Gewohnheitsrechte ein ähnliches Verhältniß anerkannt, insofern als der eine Bestandtheil desselben in mehr, der andere in weniger unmittelbarer Weise aus dem jus naturae die Kraft seiner Herrschaft und Gültigkeit als Recht entlehnt:

Consuetudine jus est, quod aut leviter [302]) a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem [303]); aut quod in

302) Leviter ist nicht: in geringer Masse, oberflächlich, leichthin, wie man zu meinen pflegt; vielmehr: ohne Schwierigkeit, ohne Weiteres, unmittelbar. Den Gegensatz dazu bildet das Recht, welches auf die natura nicht direct, sondern zunächst nur auf das Alter des Gebrauches, somit auf äußere, rechtsconstituirende Form sich stützt.

303) Mit Recht läßt Schütz, opp. rhet. Cic. das zwischen die Worte religionem und aut quod eingeschobene, sinnverwirrende Glossem: aut si

morem vetustas vulgi approbatione perduxit, quod genus: pactum, par, judicatum; de Inv. II, 54, 162.

Für die der lex naturae fremde civile Rechtsmaterie aber iſt der beſtimmende Grund ihrer Conſtituirung die utilitas, die jedoch verwerflich iſt, ſobald ſie der honestas widerſtreitet [304]. Auf dieſem Rechtselemente beruht nun auch die Verſchiedenheit der Legislationen der verſchiedenen Völker, welche Cicero ſelbſt als nothwendige Conſequenz der Nationalindividualitäten anerkennt [305]), während die materielle Geſtaltung dieſes Elementes ſelbſt zufällig iſt. Immerhin darf jedoch dieſes der lex naturae fremde Element die Gebote derſelben nur ergänzen, in ſoweit nämlich, als die letzteren nicht für alle Verhältniſſe im Staate ausreichen, nicht dagegen kann das jus civile das jus naturae aufheben. Denn wenn auch ſolche Aufhebung durch das Machtwort des Geſetzgebers äußerlich möglich iſt, ſo ſteht doch in Wahrheit das jus naturae in ſolchem Zwieſpalte unberührt von den Satzungen des jus civile, als maaßgebende Norm für die justitia, für jus und injuria, und das wahrhaftige jus iſt in ſolchem Widerſtreite nur das Gebot Gottes, nicht das der Menſchen [306]). Ja die poſitive Satzung kann nicht einmal das jus naturae vollſtändig aufheben, noch darf ſie demſelben das ihm Entgegenſtehende ſubſtituiren [307]), vielmehr liegt die Harmonie mit der lex naturae dem Weſen des poſitiven Geſetzes in der Maaße begrifflich inne, daß ein Zwieſpalt zwiſchen jus naturale und jus civile das Gebot des Letzteren gar nicht als jus erſcheinen läßt:

---

quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum, majus factum propter consuetudinem videmus hinweg. Orelli hat jedoch dieſe unzweifelhafte Conjectur gar nicht verzeichnet.

304) de Leg. I, 12, 33. de Off. III, 3. sq.

305) pr. Balb. 13, 31.: Dissimilitudo civitatum varietatem juris habeat necesse est.

306) de Leg. I, 6.: Lex (i. e. naturae) est juris et injuriae regula; c. 15. 16. Augustin. de C. D. XIX, 21. (jedenfalls nach Cic. de Rep.): non enim jura dicunda sunt vel putanda iniqua hominum constituta: cum illud etiam ipsi jus esse dicant, quod de justitiae fonte manavit.

307) de Leg. II, 6, 14. Cic. bei Lactant. Div. Inst. II, 8, 7.

Ex quo intelligi par est, eos, qui perniciosa et injusta populis jussa descripserint, cum contra fecerint, quam polliciti professique sint, quidvis potius tulisse, quam leges: ut perspicuum esse possit, in ipso nomine legis interpretando inesse vim et sententiam justi et juris legendi; de Leg. II, 5, 11.[308]). Vergl. ibid. II, 5, 13. c. 6 init.

Die lex naturae ist somit im Wesentlichen Richtschnur des positiven Gesetzes[309]) und das letztere hat die unabweisbare Aufgabe, die lex naturae zu verwirklichen und erscheint, in dieser seiner idealen Vollendung aufgefaßt, als die nach der lex naturae gegebene Abgränzung von Recht und Unrecht:

Est lex (d. i. das positive Gesetz) justorum injustorumque distinctio, ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio improbos afficiunt, defendunt ac tuentur bonos; de Leg. II, 5, 13.

Doch erscheint in Wirklichkeit das jus civile gegenüber dem jus naturae nur als kleiner und beschränkter Kreis[310]) und nur als dessen schwaches und getrübtes Abbild:

308) Ganz eigenthümlich ist der Weg, den Cicero bei dieser Stelle einschlägt, um zu jenem Satze zu gelangen; er argumentirt: die Gesetze sind von Born herein gegeben ad salutem civium civitatumque incolumitatem vitamque hominum quietam et beatam; wer daher zuerst solche Gesetze gab, hat dem Volke dargethan, daß es unter der Herrschaft der Gesetze glücklich und der lex naturae gemäß lebe, und hat daher nur Gesetze von dieser Beschaffenheit leges genannt. Daher bildet das Vermitteln des honeste beateque vivere, das legere justum et jus absolut wesentliches Merkmal des Begriffes von lex: in ipso nomine legis interpretando inesse vim et sententiam justi et juris legendi; vergl. de Leg. I, 6, 19. Indem daher der Gesetzgeber, wenn er dem Volke ein Gesetz verspricht, damit selbstverständlicher Weise demselben zugleich zusichert, daß es unter der Herrschaft desselben honeste beateque leben könne, so sind diejenigen Gesetzgeber, welche perniciosa et injusta populis jussa descripserunt, wortbrüchig und ihr Gebot ist alles Andere, nur nicht Gesetz und Recht. Auf diese Deduction hin spricht daher Cicero den leges Titiae, Appulejae, Liviae den Character von leges ab. Diese ganze Argumentation erinnert lebhaft an die Theorie des Epikur, s. §. 26.

309) de Leg. II, 24.: natura — norma legis est.

310) de Leg. I, 5, 17. Hiermit nimmt die Auffassungsweise eine Wendung nach der platonischen Lehre vom νόμος und νόμος κατ' αὐτό; Vergl. §. 22.

Sed nos veri juris germanaeque justitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus; umbra et imaginibus utimur; de Off. III, 17, 69.

§. 40.

Reſultat.

Den Uebergang zu der Erwägung der Leiſtungen Cicero's für Löſung der drei von der griechiſchen Philoſophie ihm überlieferten rechtsphiloſophiſchen Probleme (vergl. §. 30) vermitteln wir durch die in §. 35 bereits angedeutete, geſammturtheilende Bemerkung, daß wir von einem ſelbſtſtändigen Eingehen auf jene Probleme, von einem ureigenen ſpeculativen Vertiefen in dieſelben bei Cicero kaum eine Spur wahrnehmen. Gleichwie vielmehr Cicero jene Probleme als genau fixirte Fragpunkte überliefert erhält, ſo löſt er dieſelben nur in der Weiſe, daß er die von der griechiſchen Philoſophie ihm dargebotenen Ideen weiter verwendet und beziehentlich die Lehren der verſchiedenen Schulen verbindet.

So finden wir die Erörterung jener Probleme im Weſentlichen noch in dem nämlichen Stadium, in welchem wir dieſelben in den Syſtemen der griechiſchen Philoſophie verließen: die Grundzüge ſind dort wie hier dieſelben, die leitenden Hauptgedanken die nämlichen geblieben. Eine Neuerung erkennen wir nur theils in der weiteren Verfolgung und Verarbeitung jener leitenden Ideen, theils in der Modalität der Gruppirung dieſer Gedanken um die Probleme herum bei dem Verſuche von deren Löſung. Allein alle dieſe eigene Thätigkeitsentfaltung kann nicht genügen, das Urtheil abzuwenden, was über die rechtsphiloſophiſchen Leiſtungen Cicero's zu fällen iſt: daß die fruchtzeugende Kraft der ſelbſtſchöpferiſchen Idee ihnen mangelt.

Das erſte Problem zunächſt: Was iſt das Recht? wird von Cicero in noch einer neuen, von der griechiſchen Philoſophie faſt ganz vernachläſſigten Richtung behandelt: neben die rein ſpeculative Erörterung jener Frage tritt die practiſche Behandlung, neben die Unterſuchung des Rechtsbegriffes die Forſchung nach dem Inhalte des Rechtes ſelbſt. Der letztere Theil der Aufgabe, der jedoch in Wahrheit nur das durch die lex naturae gegebene Recht in's Auge faßt, wird in doppelter Weiſe gelöſt: einmal in Beziehung auf die Vorſchrift ſelbſt, auf das Geſetz,

ſodann in Beziehung auf das der Vorſchrift entſprechende Verhalten, auf die Rechtspflicht. Das Ergebniß der letzteren Unterſuchung iſt niedergelegt in den Büchern de Officiis, und wir erkennen hierin einen Stoff, welchen bereits die Stoiker, veranlaßt durch die in §. 31 dargelegten Umſtände, ſyſtematiſch zu behandeln begonnen hatten. Indem nun Cicero bei Bearbeitung dieſes Stoffes in der That auch die Stoiker ſich zum Vorbilde nimmt, ſo vermag er doch auf dieſem Wege die Lehre ſelbſt in der beabſichtigten Weiſe nicht weſentlich zu fördern: auch Cicero vermag es nicht, über einige unbeſtimmt gehaltene Begriffe, wie über einzelne Poſtulate allgemeinſten Inhaltes ſich zu erheben, oder aber, inſoweit er das Gebiet der Detailfragen betritt, ſo gewinnt er ein Reſultat, welches um der darin concurrirenden rein moraliſchen Beziehungen wenigſtens dem rechtlichen Bedürfniſſe der Verkehrsverhältniſſe widerſtreben oder ungenügend erſcheinen mußte.

Eigenthümlich dem Cicero iſt dagegen die detaillirende Entwickelung des Rechtsgeſetzes ſelbſt, wie wir ſolche, obwohl zunächſt im Hinblick auf die römiſchen Zuſtände, in dem zweiten und den folgenden Büchern de Legibus, ſowie in gewiſſer Beziehung auch in dem Werke de Republica dargelegt finden. Denn namentlich in jenem Werke über die Geſetze, deſſen in der practiſchen Beziehung wichtigſter Theil leider uns nicht überliefert iſt, übernimmt Cicero in der That die Aufgabe, das jus naturale nach ſeinen einzelnen Satzungen wiſſenſchaftlich zu conſtruiren und hiermit zugleich ein Geſetzbuch zu entwerfen, welches die Stellung eines Normalcodex für den römiſchen Staat einnehmen ſoll. Namentlich wird dieſe practiſche Tendenz jenes Werkes um ſo erſichtlicher, wenn wir erwägen, wie einestheils bei Cicero die Philoſophie in letzter Inſtanz im Dienſte politiſcher Zwecke ſtand (§. 35); wie ferner die Abfaſſung der Bücher de Legibus in eine Zeit fällt, wo Pompejus und vielleicht bereits Caeſar an eine neue Redaction und Codification des römiſchen Rechtes dachten [311]); ja wie endlich auch die der alten ſolennen Geſetzesſprache nachgebildete Faſſung jenes Normalcodex auf eine derartige Abſicht hindeutet. Wenn gleich daher

311) Isidor. Orig. V, 1, 5. Sueton. Jul. 44.

dieſer Abfaſſung eines naturrechtlichen Geſetzbuches ein tieferer Sinn innewohnt, als jenem idealiſirenden Gemälde des Staates, welches Plato mit eigenem Mißtrauen gegen deſſen Verwirklichungsfähigkeit entwirft, ſo können wir doch nur in dem Uebergange an ſich zu ſeiner naturgemäßen Verbindung der Speculation mit der Empirie, welchen Cicero vermittelt, einen weſentlichen Fortſchritt in den rechtsphiloſophiſchen Beſtrebungen erblicken, während das Product ſelbſt, welches aus dieſer Verbindung hervorging, wahrſcheinlich ohne höheren Werth geweſen iſt, weil bei Cicero der juriſtiſche Stoff überwiegend nach der vorgefaßten leitenden philoſophiſchen Idee geformt wird, dagegen nur in untergeordneter Maaße die Speculation an das hiſtoriſch und empiriſch gegebene Rechtselement ſich anſchließt, hiermit aber die Vorausſetzungen wegfallen, welche im Munde der ſpäteren römiſchen Jurisprudenz jene Verbindung von Speculation und Empirie zu einer unerſchöpflichen Quelle der fruchtbarſten Rechtswahrheit erhoben. Allein immerhin haben wir die That ſelbſt der höheren und ausgedehnteren Annäherung jener beiden Elemente als das eigenthümliche Verdienſt Cicero's gegenüber der griechiſchen Philoſophie rühmend anzuerkennen, und damit hervorzuheben, wie Cicero in Wahrheit den Wendepunkt bildet, an welchem die in ihrer Entfremdung von der Realität des Lebens ſteril gewordene rechtsphiloſophiſche Speculation der Empirie ſich zuwendete, um aus der reichen Fülle der vielgeſtaltigen Verkehrsverhältniſſe neuen Gedankenſtoff für die Erkenntniß der höchſten Rechtswahrheiten zu ſchöpfen.

Was hiernächſt die auf die Feſtſtellung des Rechtsbegriffes ſelbſt gerichteten Beſtrebungen Cicero's betrifft, ſo ſtanden einer erfolgreichen Behandlungen dieſes Stoffes noch die nämlichen Hinderniſſe hemmend entgegen, welche wir bereits als die Urſachen des Mißlingens der auf gleiches Ziel gerichteten Verſuche der griechiſchen Philoſophie erkannten, das Unterſchätzen nämlich der formalen Pertinenz des Rechtes und ſeines Ausganges von der Staatsgewalt, ſowie das Verkennen der Gränze zwiſchen Moral und Recht. Denn bei der Abgränzung des Rechtes gegen die übrigen Theile der Ethik hielt Cicero, wie in §. 38 dargelegt, im Weſentlichen an den nämlichen Geſichtspunkten feſt, welche

wir als die leitenden bereits in der griechiſchen Philoſophie vorfanden (§. 32), und wenn gleich wir aus der von Cicero aufgeſtellten weiteren Scheidung der justitia in beneficentia und justitia erkennen, wie dieſer ſelbſt jene Gränzbeſtimmung des Rechtes als genügende anzuſehen nicht vermochte, ſo iſt doch mit dieſer weiteren Claſſification die Wahrheit um Nichts gefördert, weil der lucrative oder oneroſe Character eines Geſchäftes in keiner Weiſe zur Gränzmarke des Rechtsgebietes erhoben werden kann. Dagegen die Erkenntniß des conſtitutiven Einfluſſes der Staatsgewalt auf das Recht, wie des weſentlichen Erforderniſſes einer äußeren Form deſſelben ward dem Cicero ganz unmittelbar nahe geführt durch die, muthmaaßlich von Carneades gegebene Weſenbeſtimmung:

justitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum[312]);

allein indem Cicero gleich der griechiſchen Philoſophie zu der Diſtinction von Recht und Rechtsmaterie ſich nicht zu erheben vermochte, indem er vielmehr jede Regel, welche nach ſeiner eigenen Ueberzeugung als ein durch höchſte Wahrheit gebotener normativer Stoff für die gegenſeitigen, äußeren, wie inneren Beziehungen der Menſchen ſich darbot, ohne Weiteres in potentia mit der bindenden Kraft des wahren und wirklichen Rechtes bekleidete, ſo konnte Cicero ebenſowenig, wie die griechiſche Philoſophie jener von Carneades gegebenen Begriffsbeſtimmung von justitia und jus beitreten, weil nach jenen irrigen Prämiſſen die Verwerfung eines rein tranſcendenten und übermenſchlichen Rechtes zugleich die Negirung einer abſoluten Rechtsmaterie nothwendig bedingt haben würde, dieſe letztere extreme Anſicht aber der antiken Wiſſenſchaft, wie überhaupt jedem reflectirenden Geiſte widerſtrebt.

In Folge dieſer Umſtände nun ward Cicero mit Nothwendigkeit auf den Standpunkt hingedrängt, den wir bereits in §. 32 bezüglich der griechiſchen Philoſophie nachwieſen: er ſah ſich genöthigt, in der Beſchaffenheit der attributiven Dispoſition das ſpecifiſche Merkmal des Rechtes zu ſuchen. Indem ſich nun Cicero hierbei dem von den Stoikern hervorgehobenen, bereits bei Plato ſich vorfindenden Criterium des ἀπονεμητικὸν τῆς

312) Cic. de Leg. I, 15, 42. Vergl. oben §. 29.

ἀξίας ἑκάστῳ anſchloß (vergl. §. 37, Note 277. 278. 280.), ſo definirte er nun jus und justitia als ein suum cuique tribuens oder suam cuique tribuens dignitatem oder pro dignitate cuique tribuens. Dieſer Begriffsbeſtimmung fügt nun zwar Cicero an verſchiedenen Stellen drei weitere Merkmale hinzu, nämlich die aequitas als Princip [313]), ſowie das tueri rerum contractarum fidem [314]) und hominum societatem oder communem utilitatem [315]) als Ziel des Rechtes; allein da die aequitas und das tueri rerum contractarum fidem nur vereinzelte Beziehungen des Rechtes herausgreifen, ſo iſt hiermit für die logiſche Aufgabe Nichts gewonnen, während das tueri hominum societatem, inſofern es die Zweiſeitigkeit der Rechtsverhältniſſe bezeichnet, nicht mehr beſagt, als bereits in dem suum cuique tribuens liegt, ſomit aber lediglich gegenüber dem dritten Probleme ein entſcheidendes Intereſſe gewinnt.

Nach Alledem verbleibt nun als weſentliches ſpecifiſches Merkmal des Rechtes, — in welchem Cicero und die geſammte römiſche Wiſſenſchaft nach dem Vorgange der Stoiker eine ordnende Norm anerkennt (vergl. §. 30), — nur die Beſtimmung als suum cuique tribuens, und inſofern nun dieſes suum, gleich der ἀξία der Stoiker, auf die summa lex als das jenen Begriff näher beſtimmende Zweite hinweiſt, ſo tritt nun, bedingt durch jene Definition, die Nothwendigkeit zu Tage, das Rechtsgeſetz ſelbſt weiter darzulegen. Die dieſem Ziele gewidmeten Beſtrebungen Cicero's haben wir bereits oben gewürdigt, inſoweit dieſelben darauf gerichtet waren, den Inhalt ſelbſt des Rechtsgeſetzes zu entwickeln. Was dagegen die Verſuche Cicero's betrifft, den logiſchen Begriff dieſes Rechtsgeſetzes zu beſtimmen, ſo laufen dieſelben lediglich auf eine pſychologiſche Theſe hinaus: dem Menſchen wohnt der natürlichen Organiſation ſeines Geiſtes zufolge ein Sinn für Recht und Gerechtigkeit inne; der an dieſen Sinn ſeine Anforderung richtende Theil der summa lex iſt das abſolute Rechtsgeſetz, während wiederum jene Anforderung ſelbſt das jus, und das dieſem jus entſprechende Verhal-

313) de Fin. V, 23, 65. Top. 2, 9. Vergl. Beilage I.

314) de Off. I, 5, 14.

315) de Fin. V, 23, 65. de Inv. II, 53, 160. de Off. I, 5, 14.

ten die justitia bildet. So tritt nach dem bereits von den Stoikern gegebenen Vorgange bei Cicero die juristische Frage in die Psychologie hinüber, ja gewinnt bei ihm, wie es scheint, sogar an innerem Gewicht und an Betonung. Allein auch bei ihm bleibt der Versuch, auf diesem Wege eine Gränzbestimmung des Rechtes und Rechtsgesetzes zu finden, vergeblich, weil die Grundlage selbst, jenes besondere, selbstständige und abgeschlossene Vermögen für das Rechte nur ein fingirtes ist, nicht aber in der Organisation des menschlichen Geistes in jener angenommenen Beschaffenheit durch die Natur gegeben ist.

§. 41.

Fortsetzung.

(Resultat).

Das zweite Problem empfing Cicero von der griechischen Philosophie als ein nach Inhalt und Umfang genau und fest bestimmtes Fragestück. Das Verkennen der formalen Pertinenz des Rechtes und seiner Emanation von der Staatsgewalt hatte, wie die Begriffe von Recht und Rechtsmaterie, so auch die Fragen: Woher entstammt das Recht? und: Woher entsteht die Rechtsmaterie? identificirt und hiermit diesem Probleme eine hervorragende Wichtigkeit verliehen. Die griechische Philosophie beantwortete nun zunächst diese Fragen, so wie sie gestellt, mit Rücksicht theils auf die materiale, theils auf die formale Quelle des Rechtes, verband jedoch damit gleichzeitig, wenn auch zunächst nur in abhängiger Weise, eine Characterisirung des Rechtes, theils nach seiner zeitlichen Entstehung und Dauer, theils nach seiner äußeren Offenbarung, theils nach seiner Uebereinstimmung mit den Anforderungen höchster Wahrheit, theils nach dem Maaßstabe seiner Abhängigkeit von dem Einfluß nationaler Sitten und Satzungen. Alle diese Momente finden in mehr oder minder allgemeiner Weise ihre Erörterung und theilweis auch ihren technischen Ausdruck. Den bestimmenden und maaßgebenden Schwerpunkt bildet jedoch, wenigstens bei Aristoteles und den Stoikern, der Begriff eines φύσει oder φυσικὸν δίκαιον, wie seines Gegensatzes des θέσει oder νομικὸν δίκαιον.

Indem nun bei Cicero an die Stelle des φύσει δίκαιον ein jus naturale, an die Stelle des θέσει δίκαιον ein jus civile tritt, ſo kehren nun bei Characteriſirung des Erſteren alle jene Merkmale wieder, welche bereits die griechiſche Philoſophie hervorhob, mit der Ausnahme, daß Cicero die Form der Offenbarung des Rechtes nur in nebenſächlicher Maaße mit jener maaßgebenden Eintheilung in eine nähere Verbindung ſetzt und auch dies nur in der Weiſe, daß er die Offenbarung des Rechtes durch Schrift, wie ohne Schrift innerhalb des jus civile anerkennt (Partit. Orat. 37, 130.). Die übrigen Merkmale dagegen werden insgeſammt dem jus naturale und zwar theilweis an ſich und unmittelbar, theilweis wenigſtens mittelbar in und durch die summa lex beigelegt. So characteriſirt Cicero das jus naturale als ein von Gott oder der Natur oder der ratio ausgegangenes, oder als ein der natura oder der ratio inliegendes und mit derſelben übereinſtimmendes Recht oder als eine ratio oder ratio naturae; nicht minder als ein ohne Schrift zur Exiſtenz gelangtes[316]), vielmehr urerſtes und mit Gott ſelbſt entſtandenes, wie auch beharrliches und ewiges, unwandelbares und ſtetiges und über die Einwirkung poſitiver Geſetze erhabenes; endlich auch als ein einiges und abſolut wahres: als rectum summum, verum, unum, wie als ein gemeinſames, auf Alle ausgebreitetes und über alle Menſchen und bei allen Völkern zur Herrſchaft berufenes Recht. Nur das weitere Merkmal des Eingeborenſein des jus naturale iſt, von Cicero dem Plato entlehnt, jenem Rechtsbegriffe deſſelben eigenthümlich.

Was nun insbeſondere das Merkmal der Gemeingültigkeit des jus naturale bei allen Völkern betrifft, ſo tritt daſſelbe, wie in der griechiſchen Philoſophie, ſo zunächſt auch bei Cicero bloß in der Form eines Poſtulates auf, oder vielmehr jene Gemeingültigkeit iſt zunächſt eine lediglich potentielle, indem das jus naturale zu allgemeiner Herrſchaft nur die Kraft und den Beruf in ſich trägt. Dieſe Auffaſſung jenes Merkmales läßt daſſelbe als rein ſpeculatives erſcheinen und in dieſer Bedeutung tritt daſſelbe auf in de Rep. III. bei Lactant. Div. Inst. VI, 8, 7.:

316) de Leg. II, 4, 10.: non tum denique incipit lex esse, cum scripta est, sed tum cum orta est; ſowie de Leg. I, 6, 19. pr. Mil. 4, 10. in §. 37.

Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna ————. Nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac. Sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium Deus: ille legis hujus inventor, disceptator, lator;

ſowie in de N. D. II, 31, 79:

Sequitur ut eadem sit in his, quae in genere humano, ratio, eadem veritas utrobique sit eademque lex: quae est recti praeceptio pravique depulsio [316a]).

Allein in dem weiteren Fortgang der Reflexion nimmt jenes Merkmal daneben auch einen weſentlich verſchiedenen Character an, inſofern daſſelbe nunmehr als actuelles aufgefaßt wird und hiermit an die Stelle der nur potentiellen eine thatſächliche und wirkliche Gemeingültigkeit tritt. Dies zeigt ſich namentlich in Tusc. I, 13, 30.:

Firmissimum hoc afferri videtur, cur Deos esse credamus, quod nulla gens tam fera, nemo omnium tam sit immanis, cujus mentem non imbuerit Deorum opinio. Multi de Diis prava sentiunt; id enim vitioso more effici solet: omnes tamen esse vim atque naturam divinam arbitrantur. Nec vero id collocutio hominum aut consensus effecit, non institutis opinio est confirmata, non legibus. Omnibus autem in re consensio omnium gentium lex naturae putanda est.

Dennoch haben wir dieſer Metamorphoſe jenes Merkmales der Gemeingültigkeit des jus naturale bei allen Völkern einen entſcheidenden und maaßgebenden Einfluß auf die Weſenbeſtimmung ſelbſt des jus naturale bei Cicero abzuſprechen (vergl. §. 42.), vielmehr haben wir jene Aeußerung Cicero's in Tusc. cit. als eine mehr vereinzelte und in ihren ferneren Conſequenzen nur angedeutete, nicht aber durchgeführte anzuſehen, dagegen anzunehmen, daß in dieſer Stelle Cicero zu einer Folgerung ſich hinreißen ließ, welche zwar auch in de Off. III, 5, 23. durchſchimmert, wohl aber in Widerſpruch ſteht mit anderen an Zahl überwiegenden Sätzen, in denen Cicero ex professo und mit Plan-

316a) Vergl. auch de harusp. respons. 15, 32.: lege — naturae, communi jure gentium sancitum est.

mäßigkeit und bewußter Erwägung eine weſenbeſtimmende Characteriſirung des jus naturale giebt, und die daher von entſcheidendem Gewichte für unſere eigene Auffaſſung dieſer Lehre ſein mußten.

Anders geſtaltet ſich die Sachlage hinſichtlich des Merkmales der Gemeingültigkeit des jus naturale für alle Menſchen, inſofern dieſes nur in de Off. III, 6, 27.:

Una continemur omnes et eadem lege naturae

zu Tage tritt, und weder dieſe Stelle, noch irgend welche andere Grund und Veranlaſſung bietet zu der Annahme, als habe Cicero jene auf alle Menſchen ſich erſtreckende Gemeingültigkeit des jus naturale als actuelle und durch die Legislationen der verſchiedenen Staaten in Form eines jus gentium verwirklichte aufgefaßt.

Haben wir nun aber demgemäß die Merkmale der Gemeingültigkeit des jus naturale für alle Menſchen, wie für alle Völker als rein ſpeculative und lediglich in potentia geltende bei Cicero aufzufaſſen, ſo können wir nun auch dem jus naturale nur in ſehr beſchränktem Maaße eine actuelle Bedeutung zugeſtehen. Dies erkennt Cicero ſelbſt an de Inv. II, 22, 67., da in dieſer Stelle die Bedeutung des jus naturale, practiſches Recht zu ſein, im Weſentlichem darauf beſchränkt wird, daß daſſelbe zur wiſſenſchaftlichen Rechtsbildung im Wege der Analogie zu benutzen ſei (vergl. §. 43.). Ueber dieſe Gränze hinaus legen wir ſelbſt im Sinne des Cicero dem jus naturale noch die thatſächliche Bedeutung bei, der Legislation den Stoff für ihre neuen Rechtsbildungen zu liefern, — worauf die Bücher de Legibus hindeuten, — wie endlich auch den Menſchen als Norm und Regel zu dienen, nach welcher dieſelben noch außerhalb der durch die poſitiven Geſetze gegebenen Gränzen ihr Verhalten und ihre Handlungsweiſe pflichtgemäß einzurichten berufen ſind, — worauf die Bücher de Officiis hinweiſen. Allein eine weitere practiſche Bedeutung haben wir dem jus naturale Cicero's nicht zuzuerkennen, namentlich aber eine innigere und weſentliche Verbindung deſſelben mit dem poſitiven Rechte in Abrede zu ſtellen.

Die Offenbarung des jus naturale nun erfolgt in dreifacher Modalität: theils in der urſprünglichen, der äußeren Form entbehrenden Unmittelbarkeit, als einer rein überſinnlichen, inneren

Anforderung an den Menſchen; ſodann durch das Medium der Gewohnheit, und endlich in letzter Phaſe durch das legislatoriſche Geſetz. In den letzteren beiden Geſtaltungen wird jedoch das jus naturale zugleich zum jus civile, während es nur in ſeiner erſten Unmittelbarkeit reines jus naturale iſt. Das jus civile dagegen beſteht ſeinerſeits aus einer doppelten Materie: einem Stoffe, den es aus der lex naturae ſchöpft, und einer dem jus naturale fremden Subſtanz, welche das geſetzgeberiſche Ermeſſen, beſtimmt durch die Geſtaltung der zu regelnden Verhältniſſe, hervorrief. Dieſe letztere Materie iſt entweder einfach fremder Stoff, der ſich ſuppletoriſch zum jus naturale verhält, oder es ſteht derſelbe mit der lex naturae im Widerſpruch. Im letzteren Falle iſt das jus civile in Wahrheit nicht Recht, während der ergänzende Stoff, obgleich nur vergänglich und particulär, doch wahres Recht iſt.

Was nun ſchließlich das dritte Problem: Wer iſt Rechtsſubject? betrifft, ſo hat Cicero das von den Stoikern aufgeſtellte Dogma: daß der Menſch als ſolcher das Rechtsſubject ſei, mit vielem Nachdruck bezüglich des jus naturae weiter ausgebildet und durchgeführt. Allein da dieſe Poſition in dem innigſten Zuſammenhange ſteht mit der Lehre von der societas hominum, ſo verbinden wir die hier einſchlagenden Sätze mit der Erörterung dieſer Lehre ſelbſt in §. 46.

Viertes Capitel.

Gegenſeitiges Verhältniß von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium.

§. 42.

Verhältniß zwiſchen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium nach Cicero.

Indem wir nach Darlegung der der Aufgabe unſeres Werkes anheimfallenden drei Lehrbegriffe bei Cicero uns ſchließlich dazu wenden, das gegenſeitige Verhältniß derſelben in Einem Ueberblicke feſtzuſtellen, ſo haben wir zunächſt das vulgäre aequum et bonum und das jus gentium als Materien anzuſehen, welche, was die Lehre an ſich betrifft, einander völlig fremd bleiben. Denn wie die vulgäre aequitas überhaupt gar nicht zum Gegenſtande einer Theorie erhoben, noch auch ihrem Weſen und Begriffe nach wiſſenſchaftlich conſtruirt worden war, ſo finden wir auch, daß die Ueberlieferungen Cicero's über das jus gentium in keiner Weiſe das Anerkenntniß einer inneren Beziehung beider Materien verrathen. Dieſe Thatſache erledigt nun zwar weder, noch ſchließt ſie aus die weitere Frage, inwiefern die einzelnen Inſtitute und Satzungen des jus gentium, ſowie überhaupt das demſelben eigenthümliche, allgemein leitende Princip jenen Anſchauungen des röm. Volkes entſprachen, welche unter dem Titel der aequitas deſſen ureigenſte rechtliche Ueberzeugung vertraten; allein gerade dieſe Frage liegt unſerem gegenwärtigen Geſichtspunkte fern und kann erſt an ſpäterer Stelle auf Grund weiterer Unterlagen zur Erledigung gebracht werden.

In gleichem Verhältniſſe der Nichtberührung ſteht die Theorie der wiſſenſchaftlichen aequitas zur Lehre vom jus gentium, indem wir hier mit voller Beſtimmtheit zu erkennen vermögen, wie Beide von Cicero einander vollſtändig fern gehalten werden.

Auch durch Anerkennung dieſes Sachverhaltes wollen wir indeß in keiner Weiſe der Entſcheidung der Frage präjudiziren, ob nicht und welche innere Verbindung zwiſchen dem durch die wiſſenſchaftliche aequitas vertretenen Rechtsprincipe und dem jus gentium obwaltete.

Eine Verknüpfung des jus naturale hinwiederum mit der aequitas tritt bei Cicero zwar auf das Deutlichſte zu Tage; allein indem in ſolcher Verbindung dieſe aequitas zu dem ſelbſtſtändigen und beſonderen Begriffe ſich geſtaltet, den wir als die rechtsphiloſophiſche aequitas bezeichneten, ſo löſte ſich dieſer Begriff ebenſowohl von der vulgären, wie von der juriſtiſch-wiſſenſchaftlichen aequitas vollſtändig ab und geſtaltete ſich zu einem für ſich beſtehenden Ganzen, dem die Beilage I. gewidmet iſt. Im Uebrigen wird eine Einordnung der juriſtiſch-wiſſenſchaftlichen aequitas in das jus naturale in der Art, daß die erſtere zu einem leitenden Principe der letzteren erhoben würde, von Cicero zwar mehrfach angedeutet, (ſo namentlich de Off. III, 17. in Verbindung mit c. 13. 14. 16.), allein ein ſpeciell hierauf gerichteter Ausſpruch findet ſich in den Werken Cicero's nirgends vor, und dieſe Erſcheinung, welche auf den erſten Anblick in hohem Maaße auffällig iſt, erklärt ſich doch ganz natürlich durch die von Cicero ſelbſt de Inv. II, 22, 67. (ſ. §. 43.) berührte Thatſache, daß bei der Rechtspflege der damaligen Zeit das jus naturale eine nur untergeordnete Rolle ſpielte, noch überhaupt in beſonderem Anſehen ſtehen mochte. Denn hieraus ergiebt ſich, daß Cicero in ſeinen Lehrbüchern über die Rhetorik, in denen auch jene wiſſenſchaftliche aequitas mit zur Erörterung gelangte, auf deren Uebereinſtimmung mit der lex naturae durchaus kein Gewicht legen durfte, während andrerſeits wiederum in philoſophiſcher Beziehung jene aequitas allgemeineren leitenden Grundſätzen untergeordnet, ſonach aber in und mit dieſem, nicht aber für ſich allein der lex naturae überwieſen wurde. Dagegen eine wahre Verbindung ſeines jus naturale mit der vulgären aequitas vermochte Cicero nicht zu vermitteln, daher jene Lehre der letzteren Materie völlig fremd ſteht. Dennoch aber müſſen wir zwiſchen Beiden innere Beziehungen vorausſetzen, deren Nothwendigkeit dadurch gegeben iſt, daß in der aequitas die rechtliche Anſchauung des Volksgeiſtes ihren Ausdruck fand,

von dieſer Anſchauung aber auch Cicero bei der Conſtruction ſeines jus naturale beherrſcht wurde. Doch fällt auch dieſe Frage einer ſpäteren Erörterung anheim.

Was endlich das Verhältniß zwiſchen jus gentium und jus naturale betrifft, ſo haben wir bereits in §, 14 darauf hingewieſen, wie eine Selbſtſtändigkeit und partielle Verſchiedenheit des Inhaltes Beider obwaltet, während allerdings andrerſeits wiederum eine Uebereinſtimmung in einzelnen Punkten namentlich aus de Off. III, 5, 23. ſich ergiebt. Dies ſchon bedingt, daß auch in Beziehung auf die Begriffe ſelbſt von Beiden eine weſentliche Verſchiedenheit nicht allein obwaltet, ſondern auch von Cicero ſelbſt wohl gewußt und anerkannt iſt. Dieſe Thatſache wird aber in der That auch durch die von Cicero gegebenenen Beſtimmungen und reſp. Andeutungen über das Weſen des jus naturale und jus gentium, ſowie durch die unzweideutige Unterſcheidung eines zwiefältigen Begriffes von jus civile [317]) ſo über allen Zweifel erhoben, daß lediglich in einer nur vereinzelten Anſchauung des von Cicero gebotenen Quellenmaterials der Grund gefunden werden kann, der die moderne Rechtswiſſenſchaft zu der irrigen Annahme einer Identität von jus naturale und jus gentium im Munde Cicero's verführte [318]). Dennoch mag nicht verkannt werden, daß, wenn die römiſche Jurisprudenz der folgenden Perioden ſelbſt eine Gleichheitserklärung des jus naturale und jus gentium ausſprach, die erſte Veranlaſſung und die mitwirkende Urſache ſolcher traurigen Begriffsverwirrung bereits in den Lehrſätzen Cicero's, ja vielleicht ſchon in den Dogmen der griechiſchen Philoſophie zu ſuchen iſt, und die Darlegung dieſer für die nächſte Periode beſtimmenden Momente bildet die äußerſte Gränze, mit welcher wir ſodann unſere Erörterung über die in Frage geſtellten Lehren Cicero's abſchließen.

---

317) Dies namentlich in Part. Orat. 37, 130., wo das jus gentium und die majorum mos, d. i. das jus civile non scriptum der lex d. i. dem jus civile (im Gegenſatz zur natura d. i. dem jus naturale) untergeordnet werden.

318) Eine löbliche Ausnahme macht Schaaf Gratama, Diss. qua exponuntur M. Tullii Cic. philos. de jure, civit. et imperio principia, Groning. 1827. Cap. I. Sect. IV. §. 1.

In der Characteriſirung des jus naturale wie des jus gentium finden wir ein dieſen Beiden zukommendes Merkmal: das der Gemeingültigkeit für alle Menſchen. Die Gleichheit dieſes Merkmales iſt jedoch lediglich eine äußere, während dem Sinne nach eine weſentliche Verſchiedenheit je nach deſſen Beziehung auf das jus gentium oder jus naturale obwaltet. Dem Letzteren nämlich kommt jene Gemeingültigkeit zunächſt lediglich als potentielle, ſomit in der Weiſe zu, daß dadurch in Bezug auf eine thatſächliche und wirkliche Herrſchaft über alle Menſchen dem jus naturale zunächſt nur der innere Beruf und die höhere Beſtimmung beigelegt wird, während die Realität ſolcher Gemeingültigkeit durch jenes Merkmal dem jus naturale in keiner Weiſe attribuirt wird, vielmehr als ein lediglich zufälliges Moment ſelbſtſtändig zu demſelben hinzutreten würde. Anders geſtaltet ſich die Beziehung dieſes Merkmales zum jus gentium: dieſem gegenüber enthält die Angabe der Herrſchaft über alle Menſchen mit innerer Nothwendigkeit die Hindeutung auf einen thatſächlich und wirklich beſtehenden Zuſtand, daher hier jene Gemeingültigkeit zunächſt lediglich eine actuelle iſt, für welche dann die potentielle nur als ein rein zufälliges Moment in Betracht kommt. Sonach bezeichnet das Merkmal der Herrſchaft über alle Menſchen bezüglich des jus naturale lediglich das Berufenſein des Rechtes zu dieſer Herrſchaft, bezüglich des jus gentium dagegen das Innehaben und Ausüben dieſer Herrſchaft von Seiten des Rechtes; dort iſt der Geſichtspunkt, nach deſſen Maaßgabe dem jus naturale jenes Merkmal attribuirt wird, die Fähigkeit des Rechtes, frei von allen politiſchen und nationalen Vorausſetzungen in der Perſon über die Letztere zu herrſchen; bezüglich des jus gentium dagegen bildet den leitenden Geſichtspunkt die Herrſchaft des Rechtes über die Perſon je nach deren Status oder vielmehr der Grund ſeiner Herrſchaft über die Perſon (vergl. §. 15.); dort fällt der leitende Geſichtspunkt jenes Urtheiles vollſtändig in das Gebiet der Speculation, daher das Merkmal, welches nach ſeiner Maaßgabe geſetzt wird, ſelbſt ein rein ſpeculatives und an ſich unabhängig von hiſtoriſch gegebenen Vorausſetzungen iſt; hier iſt der leitende Geſichtspunkt ſtreng bedingt durch eine geſchichtlich poſitiv gegebene Geſtaltung der Verhältniſſe, dem zu Folge das ihm entſprechende Merkmal ein rein empiriſches iſt.

Sonach ſtellt ſich die actuelle Gemeingültigkeit des Rechtes für alle Menſchen als ein empiriſches Merkmal dar, welches dem jus gentium als grundweſentliches zukommt, weil eben darin von Vorn herein ſeine Weſenheit beruht, ein über alle [freien] Menſchen herrſchendes Recht zu ſein, während dem jus naturale daſſelbe als rein zufälliges Merkmal zukömmt, inſofern für deſſen Begriff es vollſtändig gleichgültig iſt, ob es in Wirklichkeit ſolche Herrſchaft ausübt oder nicht. Dagegen die potentielle Gemeingültigkeit iſt rein ſpeculatives Merkmal, welches bezüglich des jus naturale ein weſentliches, wenn auch abgeleitetes iſt, indem aus deſſen Ausgange von Gott mit Nothwendigkeit jene Gemeingültigkeit als Folge ſich ergiebt, während bezüglich des jus gentium dieſes Merkmal ein rein zufälliges iſt, inſofern es für deſſen Weſenheit gleichgültig erſcheint, ob es den Beruf zu allgemeiner Herrſchaft über die Perſon in Wahrheit in ſich trägt, oder lediglich nur uſurpirt.

Indem nun das jus naturale von Cicero, wie bereits von der griechiſchen Philoſophie in dem angegebenen Sinne als ein für alle Menſchen gemeingültiges Recht characteriſirt ward, das Weſen des jus gentium aber darin beſtand, ein derartiges Recht in Wirklichkeit zu ſein, ſo lag für einen unbewachten Gedanken nicht allein die Annahme nahe, daß das jus gentium nur ein in poſitiver Form ausgeprägtes und verwirklichtes jus naturale ſei, ſondern auch die weit gefährliche Annahme, daß jene Gemeingültigkeit dem jus gentium und jus naturale in ganz gleichem Sinne und als ein identiſches Merkmal zukomme, ein Irrthum, an welchen ſodann eine endloſe Kette weiterer Irrthümer in conſequenter Folgereihe ſich anknüpfen mußte. Ein Anzeichen dafür nun, daß bereits Cicero dieſer Verſuchung unterlegen, finden wir jedoch nirgends, und wenn wir in der folgenden Periode die römiſchen Juriſten dem unheilvollen Einfluſſe jener Verknüpfung unterliegen ſehen, ſo vermögen wir die directe Veranlaſſung hierzu wenigſtens nicht bei Cicero zu entdecken. Wohl aber finden wir die erſten Spuren einer derartigen Begriffsverirrung bei Cicero bezüglich eines anderen dem jus gentium und jus naturale gemeinſamen Merkmales, in welchem die nämliche oberörterte innere Verſchiedenheit obwaltet, des Merkmales nämlich der Gültigkeit des Rechtes bei allen Völkern.

Unter den mannichfachen Verstößen nämlich, welche sich die antike Rechtsphilosophie gegen die Gesetze des materialen, wie formalen Denkens zu Schulden kommen ließ, findet sich, als Quelle vielfältiger Verwirrung, die Gleichheitserklärung der Gemeingültigkeit des Rechtes bei allen Völkern einerseits, sowie der Herrschaft des Rechtes über alle Menschen andrerseits. Diese Gleichstellung ist ebensowohl thatsächlich unwahr gegenüber den antiken Staats- und Rechtsverhältnissen (vergl. §. 80.), wie auch nach den Regeln des Denkens an sich unrichtig. Bereits Cicero giebt sich jedoch, obgleich nur aus Unbedachtsamkeit und im Flusse der Rede, nicht aber in bewußter Erwägung und unter Anerkennung der weiteren Consequenzen, in de Off. III, 5, 23. jenem Irrthum hin (vergl. §. 14.), während die römische Jurisprudenz der nächsten Periode auf dieser angedeuteten Bahn von Consequenz zu Consequenz weiter schreitet. So nun kommt es, daß ein Merkmal, welches von Vorn herein dem jus gentium in Wahrheit gar nicht zukömmt, doch im Verlaufe der wissenschaftlichen Behandlung immer inniger und fester mit dem Letzteren sich verbindet, und daß in Folge dessen die Gemeingültigkeit bei allen Völkern als ein dem jus naturale und jus gentium gleichzeitig zukommendes Merkmal angesehen ward.

Fassen wir nun den von der römischen Wissenschaft genommenen Ausgangspunkt in's Auge, wonach die Characterisirung des jus gentium als eines bei allen Völkern gültigen Rechtes auf einer Gleichstellung dieses Merkmales mit dem der Herrschaft über alle Menschen beruht, so kömmt jene nationale Gemeingültigkeit dem jus gentium ebenfalls als actuelle zu und sie erscheint als empirisches Criterium, gegeben durch den Standpunkt der comparativen Jurisprudenz; dagegen auf Seiten des jus naturale wird dieses Merkmal im Wesentlichen wiederum und lediglich als potentielles aufgefaßt, demgemäß es als rein speculatives Criterium sich darstellt, gegeben durch die Betrachtung des Rechtes je nach dessen innerer und sachlicher Unabhängigkeit von der rechtsconstituirenden Thätigkeitsentfaltung nationaler Sitte und Gesetzgebung. Beidemal ist daher das Merkmal der Gemeingültigkeit bei allen Völkern ein wesentlich verschiedenes und die Gleichheit desselben ist nur eine äußere und sprachliche. Dennoch stellt Cicero mit Rücksicht auf dieses in Wahrheit ver-

ſchiedene Merkmal das jus naturale und jus gentium neben einander in de Off. III, 5, 23.:

> Neque vero hoc solum natura et jure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publicae continentur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri. Vergl. auch §. 41. p. 210.

Zwar iſt nun dieſe mit Rückſicht auf jenes Merkmal beſchehene Verbindung von jus gentium und jus naturale bei Cicero ſelbſt ohne nachtheilige Conſequenz geblieben, ja wir mögen überhaupt jener Stelle alles maaßgebende Gewicht abſprechen, weil, wie oben und in §. 14. bemerkt, gerade dieſe Stelle mehr als Ausdruck eines flüchtigen Gedankens, denn als Product einer wohlerwogenen Reflexion zu gelten hat, allein dennoch können wir in einer derartigen Auslaſſung den Keim jenes weitgreifenden und folgereichen Irrthumes erblicken, der bei den römiſchen Juriſten der folgenden Perioden üppig wuchernd ſich entfaltete und eine endloſe Verwirrung in die Lehre vom jus gentium hineintrug.

Endlich kommt noch in Berückſichtigung eine Stelle aus M. Tullius Tiro, einem Zeitgenoſſen des Cicero, bei Gell. VII, 3.:

> Quae non jure naturae aut jure gentium fieri prohibentur, sed jure legum rei alicujus medendae aut temporis causa jussarum,

indem dieſe Stelle einerſeits das obige Reſultat inſofern beſtätigt, als darin das jus naturale und jus gentium disjunctiv, ſomit in vollkommene Selbſtſtändigkeit neben einander geſtellt werden, andrerſeits aber die gemeinſame Gegenüberſtellung Beider zum jus civile eine höchſt beachtenswerthe Andeutung dafür enthält, wie bereits das Zeitalter Cicero's ein gemeinſames jus civile dem jus naturale und gentium entgegenzuſetzen und zwiſchen den letzteren Beiden einen höheren Grad innerer Verwandtſchaft anzuerkennen geneigt war, die ſelbſt wieder darauf geſtützt ſcheint, daß dem jus gentium eine Verwirklichung der abſoluten Rechtswahrheit beigemeſſen wurde.

§. 43.

Stellung der Jurisprudenz zu der Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium.

Indem wir mit Abſchluß der gegenwärtigen Periode unſere Aufmerkſamkeit ſchließlich noch der von ſelbſt ſich aufdrängenden Frage zuwenden, welche Stellung den von uns behandelten Lehren gegenüber wir der juriſtiſchen Theorie im Allgemeinen zuzuweiſen haben, ſo kann es zunächſt bezüglich der wiſſenſchaftlichen aequitas keinem Zweifel unterliegen, daß Cicero in dieſer Lehre als Vertreter des wiſſenſchaftlichen Bewußtſeins und der juriſtiſchen Theorie ſeiner Zeit uns zu gelten hat. Denn nicht allein fanden wir in §. 10. und 11. einen Q. Mucius Scaevola Pontif., L. Licinius Craſſus, M. Antonius, C. Calpurnius Piſo, C. Galba, ſonach Koryphäen ſowohl der Jurisprudenz, wie der dem Privatrechte gewidmeten gerichtlichen Beredtſamkeit als Träger jener Lehre und als Theilnehmer an den damit verknüpften Controverſen, ſondern wir werden auch im III. Theile unſeres Werkes neue Namen und Belege beibringen, welche beweiſen, daß wir gerade in der Lehre von der aequitas ein Thema erblicken dürfen, welches die Aufmerkſamkeit der Rechtswiſſenſchaft jener Zeit im höchſten Grade in Anſpruch nahm, ja das wahrſcheinlich die wichtigſte Principienfrage enthielt und als der Mittelpunkt der theoretiſchen Beſtrebungen der Rechtswiſſenſchaft des Ciceronianiſchen Zeitalters zu gelten hat. Dagegen die vulgäre aequitas kann noch nicht in den Kreis der wiſſenſchaftlichen Betrachtungen der Juriſten jener Zeit eingetreten ſein, da wir entgegengeſetzten Falles eine andere Stellung derſelben bei Cicero finden müßten.

Hiernächſt bezüglich des jus gentium kann es keinem Zweifel unterliegen, daß dieſes den Juriſten dieſer Periode in jener Weſenbeſtimmung, die wir als die hiſtoriſch gegebene anerkennen, ſonach als ein jus commune omnium [liberorum] hominum bekannt war. Die anderweite Frage dagegen, ob das jus gentium als Gegenſtand der wiſſenſchaftlichen Behandlung von Seiten der Rechtstheorie zu gelten hat, haben wir zu verneinen, auf Grund der Wahrnehmung, daß insbeſondere die ſchriftſtelleriſche Thätigkeit der Juriſten während der gegenwärtigen Periode jener

Rechtsmaterie im Allgemeinen fremd blieb. Denn, abgeſehen von den älteſten literäriſchen Producten, ſo wiſſen wir auch aus der ſpäteren Zeit nur von commentarii juris civilis des Cato, den ſieben Büchern de jure civili des M. Junius Brutus, den zehn Büchern de jure civili des P. Mucius Scaevola, den ſieben Büchern de jure civili des M. Manilius, den Büchern de jure civili des Q. Mucius Scaevola, Schriften, welche nicht bloß durch ihre Titel, ſondern auch dadurch dem jus gentium fremd erſcheinen, daß das in ihnen befolgte Syſtem zumeiſt an die Ordnung der XII Tafeln ſich anlehnte, indem erſt zu einer Zeit, wo Cicero ſelbſt in höherem Lebensalter ſtand, die Ordnung des Edictes zur Grundlage ſchriftſtelleriſcher Productionen, namentlich auch von Servius Sulpicius Rufus erwählt [319]) und hiermit wahrſcheinlich auch das jus gentium in den Kreis der behandelten Materien eingeführt wurde.

Müſſen wir aber hieraus entnehmen, daß, wie dies auch durch andere Gründe unterſtützt wird, die Wiſſenſchaft dieſes Zeitalters noch durch das Ringen nach Herrſchaft über den Stoff des jus civile vollkommen in Anſpruch genommen war, ſonach aber das jus gentium im Allgemeinen eine höchſtens untergeordnete Betrachtung von Seiten der Rechtstheorie finden konnte, ſo haben wir auf Grund dieſer Vorausſetzung auch anzuerkennen, daß eine tiefere Reflexion über das Weſen des jus gentium, über ſeine letzten Gründe, ſeine Gränzen, wie über die Conſequenzen, die aus Alle dem ſich ergeben, nicht Platz greifen konnte. Hiernach haben wir aber auch die Annahme zurückzuweiſen, als hätten die römiſchen Juriſten, geſtützt auf die comparative Jurisprudenz, durch eine Vergleichung des römiſchen und fremder jura civilia eine Erweiterung des jus gentium anſtreben oder auch nur deſſen Characteriſirung als jus commune omnium gentium ausſprechen können. Denn wenn das jus gentium überhaupt einer höheren, wiſſenſchaftlichen Behandlung fern ſtand, ſo konnte deſſen Weſensbeſtimmung auch nicht auf ein Merkmal geſtützt werden, welches ſeiner Beſchaffenheit nach lediglich auf einer wiſſenſchaft-

319) Cic. de Leg. I, 5, 17: non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis, ut superiores — — juris disciplinam hauriendam putas? Vergl. auch de Leg. II, 23, 59: Discebamus enim pueri XII, ut carmen necessarium.

lichen Thätigkeit beruht. Und ſelbſt wenn eine ſtreng hiſtoriſche Forſchung der Rechte der einzelnen peregrinen Völker dem auf die comparative Jurisprudenz geſtützten jus gentium zu keiner Zeit zu Grunde gelegt wurde, vielmehr die Entſcheidung darüber, ob ein Rechtsinſtitut dieſem jus gentium angehöre, auch Seitens der Rechtstheorie lediglich auf die Wahrnehmung geſtützt wurde, daß jenes Inſtitut in ſeinen allgemeinen Grundzügen im Rechte der bekannten auswärtigen Völker ſich vorfand, ſo ſetzt doch ſolche wiſſenſchaftliche Operation immer mit innerer Nothwendigkeit voraus, daß nicht allein die Theorie dem jus gentium eine höhere Aufmerkſamkeit widmete, was wir im Obigen in Abrede ſtellten, ſondern daß auch die Beobachtung des Privatrechtes fremder Völker den röm. Juriſten geläufig war, was für die gegenwärtige Periode ebenfalls nicht wahrſcheinlich iſt, da wir während derſelben einen ſpecifiſch römiſchen Standpunkt bei Auffaſſung des Rechtes im Allgemeinen wahrnehmen (vergl. §. 51).

Endlich das dritte der in Frage zu ziehenden Merkmale des jus gentium, durch welches die folgende Periode das Letztere mit der ratio naturalis und durch dieſe wiederum mit dem jus naturale in innere Verbindung ſetzt, haben wir ebenfalls als der Jurisprudenz dieſes Zeitalters vollkommen fremd anzuſehen, einestheils um der Stellung willen, die wir gegenüber der Lehre vom jus naturale der Rechtswiſſenſchaft einzuräumen haben, anderntheils aber auch namentlich aus dem Grunde, weil Cicero ſelbſt nicht die geringſte Andeutung einer derartigen Characteriſirung des jus gentium giebt (§. 14).

Die letzte Frage endlich, ob wir der Jurisprudenz dieſer Periode irgend welche Theilnahme an der Cultur der Lehre vom jus naturale, ſei es durch theoretiſche Behandlung, ſei es durch Uebertragung derſelben und Anwendung auf die Verkehrsverhältniſſe des bürgerlichen Lebens beizumeſſen haben, iſt mit Beſtimmtheit zu verneinen, indem wir die Bekanntſchaft der Jurisprudenz mit der Philoſophie als eine noch zu neue anzuſehen haben, als daß wir eine derartige philoſophiſche Thätigkeit der Erſteren in einem wenigſtens nur annäherungsweiſe allgemeineren Maaße annehmen dürften. Vergegenwärtigen wir uns nämlich die früheſten Schickſale der Philoſophie zu Rom, ſo finden wir, daß erſt von Zeit der berühmten Philoſophengeſandtſchaft an, nämlich vom J.

599. d. St., wo der Stoiker Diogenes, der Peripatetiker Critolaus und der Akademiker Carneades als Gesandte Athens nach Rom kamen und durch den Reiz der Neuheit die römische Jugend an ihre Vorträge über philosophische Gegenstände fesselten, die Philosophie eine nennenswerthe Beachtung zu Rom zu finden begann. Von hier aus verbreitete sich allmählig eine dilettantenmäßige Cultur der griechischen Philosophie in immer weiteren Kreisen, bis wir endlich in Cicero's Zeitalter bereits alle Männer, von wissenschaftlichem Namen wenigstens als Verehrer und Freunde derselben genannt sehen [320]). Dennoch war es erst Cicero selbst, der der Philosophie eine allgemeinere und fester begründete Herrschaft zu Rom bereitete, und der insbesondere als der erste Römer eine selbstständige und literarische Verarbeitung der griechischen Lehren unternahm, und, indem er dieses in vaterländischer und dabei allgemein verständlicher Sprache that, wesentlich dazu beitragen mochte, die Philosophie zu einem Gemeingute aller Gebildeten zu machen und so die Vorurtheile zu beseitigen, die bisher noch der Ausbreitung der Philosophie hindernd in dem Wege gestanden hatten [321]). Wie wenig wir daher einerseits verkennen, daß Cicero bereits in größeren Kreisen der Träger der Wissenschaft und Jurisprudenz, wie der geistigen Bildung und des veredelten Geschmackes überhaupt eine Bekanntschaft, ja theilweis sogar Vertrautheit mit den Lehren der Philosophie bei seinen Landsleuten vorfand, so haben wir doch auch andrerseits festzuhalten, daß wiederum Cicero selbst es ist, der jene Kenntniß der Philosophie zu Rom wesentlich verallgemeinerte, und die geistige Empfängniß und das fruchtbringende Verständniß jener Lehren mächtig förderte [322]). Namentlich aber, — und dies mag als Hauptpunkt gelten, — zeigte nicht nur Cicero seinen Mitbürgern den Weg, in selbstständiger und eigener Weise die Dogmen

320) Vergl. Tennemann, Gesch. der Philos. V. p. 9. sq. Bähr, Gesch. der röm. Literatur §. 326 sq. Jan. Messchert van Vollenhoven, de exigua vi quam philosophia graeca habuit in efformanda jurisprud. Rom. Amstelod. 1834. c. 1. Stahr, Aristotelia II sq. 135. sq. Arist. unter den Römern, p. 1 sq. Vergl. auch §. 49.

321) Vergl. namentlich Plut. Cicero 5., Cic. de Orat. II, 1. 36. 37. III, 22. Quint. J. O. II, 17, 6.

322) Vergl. Tusc. I, 3, 5.: philosophia jacuit usque hanc aetatem.

Griechenlands weiter zu verarbeiten und nach einer practiſchen Richtung hin zu verfolgen, ſondern durch Verbindung mit angeſtammten heimiſchen Vorſtellungen, wie mit gegebenen Verhältniſſen verpflanzte er jene Lehren auch in das Gebiet vertrauten Ideenverkehres und wohlgekannter Disciplinen, wie auf den Boden einer thatſächlichen Wirklichkeit.

Tragen wir nun dieſe allgemeinen Sätze auf die Stellung der römiſchen Jurisprudenz insbeſondere zur Philoſophie, ſowie vornämlich zur Lehre vom jus naturale über, ſo gewinnen wir hiermit das Reſultat, daß wir zwar der Jurisprudenz dieſer Periode weder die Bekanntſchaft mit der Philoſophie abzuſprechen haben, noch auch folgegemäß allen Einfluß der Letzteren auf die Anſchauungsweiſe der Erſteren und auf deren Gedankenverkehr aberkennen dürfen. Wohl aber können wir weder eine unmittelbare, offenkundige und planmäßige Uebertragung der philoſophiſchen Dogmen auf die Jurisprudenz annehmen, oder überhaupt nur eine ſelbſtſtändige und eigene, ungebundenere und freie Behandlung der in der griechiſchen Philoſophie überwiegend abſtract und ideal gehaltenen Lehre vom jus naturale vorausſetzen, noch auch ſind wir berechtigt, eine practiſche und in die Rechtsverhältniſſe ſelbſt direct eingreifende Anwendung jener Lehre und insbeſondere wieder eine Verbindung derſelben mit dem hiſtoriſch gegebenen jus gentium zu ſtatuiren, wie überhaupt eine attractive und reformirende Einwirkung derſelben auf die Rechtsmaterie ſelbſt anzuerkennen. Und gleichwie jede Idee, die als eine dem Geiſte ſelbſt genetiſch fremde Vorſtellung von Außen her uns zugeführt und inſpirirt wird, ſelbſt dann, wenn wir dieſelbe erfaſſen und in denkender Verarbeitung zu unſerem eigenen geiſtigen Eigenthume erheben, doch eines gemeſſenen Zeitraumes bedarf, bevor wir die Herrſchaft über den urſprünglich fremden Stoff in der Maaße gewonnen haben, um zu einer eigenen und freien, ſelbſtſtändigen und unabhängigen Anwendung derſelben, zu einem pragmatiſirenden Gebrauche und einer practiſchen Verwirklichung zu verſchreiten; ſo finden wir bereits bei Cicero erſt die leiſeſten Spuren einer Verbindung des jus naturale mit dem jus gentium, und ſo mögen wir auch bei der Fachjurisprudenz ſeiner Zeit keine Uebertragung jener Lehre auf die Praxis oder eine Verknüpfung derſelben mit dem jus gentium erwarten.

Dieſes geſammte Reſultat erhält ſeine Beſtätigung durch einen dreifältigen Beweisgrund, den das Zeugniß Cicero's ſelbſt bietet: zunächſt de Inv. II, 22, 67:

Ac naturae quidem jura minus ipsa quaeruntur ad hanc controversiam, quod neque in hoc civili jure versantur et a vulgari intelligentia remotiora sunt; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda;

denn indem in dieſer Stelle Cicero die Brauchbarkeit des jus naturale für die negotialis constitutio generalis d. h. für die ſpecielle Schuldfrage ſelbſt, ſomit für die wichtigſte proceſſualiſche Rechtsfrage, ausdrücklich in Abrede ſtellt, weil jenes theils dem gemeinen Verſtändniß fern lag, theils aber auch deſſen Herbeiziehen zu Fragen des poſitiven Rechtes ganz ungebräuchlich war; indem vielmehr Cicero nur die Anwendbarkeit durch Analogie für das jus naturale zu poſtuliren wagt, ſo müſſen wir dieſem Zeugniſſe ein um ſo größeres Gewicht beimeſſen, als wir namentlich aus dem erſten Buche de Legibus erſehen, welche Ideen practiſcher Anwendbarkeit und Verwirklichung des jus naturale dem Cicero vorſchwebten und als Ziel ſeiner Beſtrebungen in Wahrheit inwohnten, daher wir getroſt auf jenen reſignirenden Ausſpruch in dem Syſteme der practiſchen Beredtſamkeit die Annahme ſtützen dürfen, daß in der That das bürgerliche Recht jener Zeit von dem Einfluſſe der Philoſophie noch vollkommen unberührt geblieben war.

Ein zweites, dieſe Thatſache beſtätigendes Moment liegt darin, daß Cicero ſelbſt die Jurisprudenz und die Philoſophie, wie insbeſondere auch die Theorie vom Naturrecht in ſchroffem und directem Gegenſatze auffaßt und darſtellt, ſo namentlich de Leg. I, 4. 5., de Off. III, 17. init. u. ö.; wie endlich auch, daß Cicero die in formaler Beziehung ſich geltend machenden Einwirkungen der Philoſophie auf die Rechtswiſſenſchaft, den Uebergang der Theorie zu einem geordneten Syſteme des Rechtes in der That nachdrucksvoll hervorhebt, dagegen von einem actuell bildenden und umgeſtaltenden Einfluſſe der Lehre vom jus naturale auf die Rechtsmaterie ſelbſt in Wahrheit nicht die geringſte Andeutung uns giebt, vielmehr in dieſer Beziehung der Philoſophie nur eine potentielle Bedeutung beimißt, und erſt durch eine warme Anempfehlung derſelben an die Wiſſenſchaft und

Jurisprudenz seiner Zeit die Verwirklichung solcher Anwendung der philosophischen Lehren zu vermitteln und anzustreben sich veranlaßt sah.

Fassen wir nun die Ergebnisse der obigen Ausführung in Verbindung mit den in §. 49 zu gebenden weiteren Thatmomente zur endgültigen Constatirung des Verhältnisses der Jurisprudenz dieser Periode zur Philosophie in einer Summe zusammen, so gewinnen wir die drei Positionen: daß die römischen Juristen der Pflege und Cultur der Philosophie in keiner Weise fern standen, vielmehr der Beschäftigung, ja dem Studium derselben eifrig oblagen; daß ferner diese Bestrebungen bereits zu Cicero's Zeit insofern ihre Früchte trugen, als eine vollkommenere Methode der wissenschaftlichen Behandlung des Rechtes und namentlich ein vollendeteres System des Letzteren daraus hervorging; daß dagegen ein unmittelbarer Einfluß der Philosophie auf die Materie des Rechtes und die normative Haltung der Rechtssätze, wie insbesondere eine planmäßige und wohlerwogene Verbindung des jus naturale mit dem bürgerlichen Rechte und namentlich mit dem jus gentium, überhaupt endlich eine practische Anwendung des jus naturale auf die Verkehrs- und Rechtsverhältnisse des bürgerlichen Lebens noch nicht erfolgt war, wenn gleich wir die ersten bestimmenden Voraussetzungen und wirkenden Ursachen solcher Erscheinung in den beiden ersten obigen Momenten nothwendig erkennen müßen.

Nach Alle dem können wir die gegenwärtige Periode mit dem Resultate abschließen, daß wir, was die in unserem Werke in Betracht gezogenen drei Lehren und deren Auffassung und Behandlung anbetrifft, in Cicero im Allgemeinen einen Repräsentanten der gesammten juristischen Doctrin anerkennen dürfen, nur daß Cicero in Bezug auf das philosophische Element in jenen Lehren seine fachjuristischen Zeitgenossen unzweifelhaft um ein Bedeutendes überragte, während im Uebrigen in seinen Werken ein ziemlich getreues Bild von der Affassung jener Lehren Seitens der juristischen Theorie jener Zeit sich uns bieten mag.

Zweite Periode.

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium

bis zum Verfall der römiſchen Rechtswiſſenſchaft.

Erſtes Capitel.

Einfluß der Philoſophie auf die römiſche Rechtswiſſenſchaft.

§. 44.

Einfluß der Philoſophie im Allgemeinen auf das geiſtige Leben Roms.

Mit Cicero's Zeitalter beginnt die Einwirkung der Philoſophie auf das geiſtige Leben Rom's: ein wichtiger Moment, der den Schlüſſel bietet zur Erklärung ſo vieler Erſcheinungen, welche die Periode des Kaiſerreiches als einen neuen Abſchnitt in der Entwickelung der römiſchen Zuſtände abgränzen von dem Zeitalter der Republik. Namentlich für den Gegenſtand unſerer Erörterung muß jene Thatſache als ein Epoche machendes Ereigniß aufgefaßt werden, daher uns insbeſondere die Frage nahe tritt, in welcher Weiſe wir den Einfluß der Philoſophie auf röm. Wiſſenſchaft und Leben im Allgemeinen uns zu vergegenwärtigen haben. Dieſe Frage ſelbſt aber iſt nach mehrfachem Geſichtspunkte aufzufaſſen und zu beantworten.

Zunächſt als das Agens ſtellt ſich vor Allem die Philoſophie in ihrer Totalität dar: die Geſammtheit ihrer Lehren und ihrer neuen Ideen iſt es, welche mit mächtigem Schwunge das röm. Volk zu freierem und erhabenerem Geſichtspunkte emporführt, ſeinen geiſtigen Horizont erweitert, und ebenſowohl neue Vorſtellungen in den gewohnten Ideenkreis hineinträgt, wie das Bekannte ſelbſt in einem anderen Verhältniſſe zu ſeiner Umgebung erſchauen läßt; insbeſondere ſind es aber einzelne Lehren der Philoſophie, welche, dem röm. Volke bisher fremd, in deſſen Vorſtellungskreis eindringen, einen weſentlichen Umſchwung der Anſchauungsweiſe hervorbringen und ſo einen ganz beſonderen und hervorragenden Einfluß ſich erringen.

Sodann das Gebiet dieſes zwiefältigen Einfluſſes bildet zunächſt Wiſſenſchaft und Geiſtesleben Rom's im Allgemeinen: anfänglich getragen von den begabteſten Geiſtern und den denkenden Köpfen der Nation, verallgemeinern ſich die neuen Ideen mehr und mehr, bis ſie zuletzt bis in die tieferen Schichten des Volkes herabſinken, und hier in größerer oder geringerer Klarheit der Vorſtellung einen Einfluß auf das geſammte geiſtige Leben der Nation ausüben. So afficiren jene Lehren die Anſchauungsweiſe des geſammten Volkes und manifeſtiren ſich hier, wie auf dem Gebiete des veredelteren geiſtigen Verkehres in Wiſſenſchaft und Kunſt. Innerhalb dieſes großen Gebietes des Einfluſſes der Philoſophie heben ſich jedoch zwei Zweige der Wiſſenſchaft ab, wo dieſer Einfluß ein beſonderes Gewicht erlangt: die Philoſophie ſelbſt, wie ſie vom Zeitalter Cicero's abwärts ſich geſtaltet: hier erblicken wir ein Gebiet, wo jene ältere Philoſophie beſtändig ihre eigenen Ideen reproducirt und durch dieſe ununterbrochene Wiedergeburt ihren Einfluß ſtetig erneut und kräftigt; ſodann endlich die Jurisprudenz, die, bisher alles höheren philoſophiſchen Strebens bar, durch die ihr innig verwandten Unterſuchungen der Philoſophie über Staat und Geſetz, Recht und Pflicht lebhaft afficirt und durch den freieren Blick der Erſteren ſelbſt an eine freiere Anſchauungsweiſe gewöhnt wird.

Auch hier nun, innerhalb der Jurisprudenz, wirkt die Philoſophie ſowohl in ihrer Geſammtheit, wie vornämlich durch einzelne ihrer Lehren, und dies wiederum in der doppelten Richtung, theils auf die Rechtswiſſenſchaft im Allgemeinen, theils auf einzelne Rechtslehren insbeſondere.

Um nun dieſen Einfluß der Philoſophie auf die röm. Jurisprudenz richtig würdigen zu können, faſſen wir zunächſt die Einwirkung derſelben auf röm. Wiſſenſchaft und Leben im Allgemeinen in's Auge und werfen ſodann einen Blick auf die fernere Geſtaltung der röm. Philoſophie.

Die Geſchichte der Philoſophie bei einem Volke bildet eins der wichtigſten Stücke in der Biographie deſſelben: denn die Philoſophie repräſentirt das Bewußtſein der Vorſtellungen. Der Zeitpunkt, wo ein Volk zur Kenntniß ſpeculativer Weisheit und zur Fertigkeit des philoſophirenden Geiſtes gelangt,

gleicht daher der Phaſe in der Entwickelung des Menſchen, wo dieſer zur Klarheit und Deutlichkeit ſeiner Vorſtellungen ſich zu erheben und mit Bewußtſein zu denken erlernt. Gleichwie hier der Menſch Inhalt und Umfang, Vorausſetzung und Conſequenz ſeiner Ideen erkennen lernt und die Beziehung erſchaut, welche zwiſchen ihm ſelbſt und ſeiner Vorſtellung obwaltet, ſo gewinnt dort das Volk für ſeine herrſchenden Ideen, ſeine Satzungen und Inſtitutionen einen über der Subjectivität ſeiner Anſchauung ſtehenden Maaßſtab und erlernt, die ihm angeborenen oder angebildeten Grundſätze und Einrichtungen als etwas von ſeiner Individualität Trennbares zu denken, wie nach Inhalt und Umfang, Grund und Folge zu erwägen und abzuſchätzen; es beginnt, ſich ſelbſt als Herren dieſer ſeiner Vorſtellungen zu erkennen, dieſe Vorſtellungen in ihrem Verhältniſſe zu den anderen ihm dargebotenen neuen Ideen aufzufaſſen und zu vergleichen, und ſo ſeine eigene leitende Grundanſchauung, ſowie die Conſequenzen derſelben zu erkennen und ſeinem Urtheile zu unterwerfen. Indem ſo die Philoſophie befähigt, die gegebenen Inſtitutionen und Satzungen nach einem objectiven Maaßſtabe zu beurtheilen, ſetzt ſie zugleich in den Stand, den inneren Zuſammenhang zwiſchen den einzelnen jener Einrichtungen und Dogmen zu erkennen, deren letzten Grund aufzufinden, wie endlich auch ein unbefangeneres Urtheil über deren Werth oder Unwerth abzugeben, dieſelben zu verwerfen und ſomit neuen Lehren Raum zu geben.

So können wir eine doppelte Richtung annehmen, in welcher die Philoſophie ihre Beſtimmung erfüllt und ihren Einfluß auf das Leben der Völker geltend macht: einmal iſt es ihre Aufgabe, durch Mittheilung neuer zeitgemäßer Lehren neue Ideen in's Daſein zu rufen und auf dieſem Wege den geiſtigen Fortſchritt der Nation zu vermitteln und zu beſchleunigen; und ſodann beſteht ihre Aufgabe darin, daß ſie die leitende Idee und den Grundgedanken, welcher den einzelnen gegebenen Satzungen und Inſtitutionen des Volkes inwohnt und durch dieſelben in einzelnen Beziehungen ſich offenbart, der Nation zur ſelbſtbewußten geiſtigen Anſchauung, zur vollen Erkenntniß, zur fruchtbringenden Reflexion emporhebe. Dort führt die Philoſophie der Nation einen neuen Ideenſtoff zu und vermehrt die Zahl

der Vorstellungen, welche dem geistigen Auge sich darbieten; hier wirkt die Philosophie ordnend und so zugleich erweiternd, indem sie den ungeordneten und rohen Erfahrungsstoff denkend verarbeitet, den letzten Grund der gegebenen Dinge aufsucht, das gemeinsame Princip der zerstreuten einzelnen Erscheinungen erkennt und in Einer Spitze vereinigt, und so der gesammten Nation die jenen Erscheinungen zu Grunde liegende leitende Idee zum klaren Bewußtsein ihrer selbst, sowie der aus ihr sich ergebenden weiteren Consequenzen vorführt.

Nach beiden Richtungen hin wirkt aber die Philosophie auf das gesammte Geistesleben der Nation. Die Gestaltung des Cultus und der Religion, der Wissenschaft und Kunst, der Industrie und Cultur, der Sitte, wie des Rechtes sind aber insgesammt Kundgebungen und Ausflüsse des Volksgeistes, Producte seiner Denkkraft. Nichts wirkt daher entschiedener auf die Gestaltung dieser Vehikel des national-geistigen Lebens, als die Philosophie, jener Inbegriff der höchsten Cultur des Geistes.

Diesen Einfluß der Philosophie im Allgemeinen auf römisches Leben und römische Wissenschaft im großen Ganzen nachzuweisen, liegt nicht in den Gränzen unserer Aufgabe; wir vermögen höchstens darauf hinzuweisen, daß nicht allein das Erwachen eines wissenschaftlichen Geistes, sondern auch eine Erweiterung und freiere Gestaltung des Gesichtskreises der gesammten Nation an das Eindringen der Philosophie auf röm. Boden sich knüpfte. Unsere Aufgabe kann vielmehr höchstens bis dahin sich erstrecken, den Einfluß der gegenwärtig behandelten Lehre der Philosophie innerhalb jenes großen Gebietes darzulegen, und so die Wichtigkeit jener Lehre für die Beurtheilung römischer Zustände in das richtige Licht zu stellen. Bevor wir jedoch hierzu verschreiten, ist es Pflicht, die Möglichkeit des von uns behaupteten weit- und tiefgreifenden Einflusses der Philosophie auf römisches Leben anzudeuten.

Zwei Umstände vornämlich sind es, welche jenen Einfluß vorbereiten und befördern:

Lebhafter Handelsverkehr und weitausgedehnte Eroberungen hatten vornämlich seit den punischen Kriegen vielfältige Berührungen der Römer mit fremden und entlegenen Nationen, und namentlich mit Völkern, welche die höchste geistige Bildung der

damaligen Welt repräsentirten, herbeigeführt und vermittelt. Diese Vorgänge hatten die Isolirung, zu welcher Rom von seiner Geburt an durch seine staats- und völkerrechtlichen Grundsätze sich verdammt hatte, in der Hauptsache beseitigt, die daraus hervorgegangene Mißachtung fremdländischer Cultur und Disciplin wesentlich gemindert und so eine der Hauptursachen der unbeugsamen Strenge und dürftigen Einfachheit der Sitten, des Mangels an höherer Bildung des Geistes und Geschmackes, der Einseitigkeit und Beschränktheit des Urtheiles beseitigt. Verfeinerung der Sitten und höhere Bildung des Geschmackes erblühten zugleich mit dem überhand nehmenden Luxus und beschleunigten so die Entwickelung geistiger Anlagen, regten neue Kräfte an, erweckten Vielseitigkeit der Bildung.

Sodann führte aber auch der Verfall der Freiheit der Republik die edelsten Geister der Nation den wissenschaftlichen Studien zu: unbefriedigt von den Zuständen des Staates mochte der Glanz der Magistratur und der senatorischen Würde nur eine geringere Anziehungskraft noch ausüben und den strebsamen Geist nicht mehr in der Maaße in Anspruch nehmen, daß nicht der Wissenschaft ein Raum in dem Kreise der Thätigkeit und Bestrebungen offen geblieben wäre. So erblühte aus dem Verfalle der Freiheit die vollendete Dichtkunst eines Horaz, Virgil, Ovid, nicht minder die Philosophie Roms, und jene Rechtswissenschaft, welche in unübertroffener Meisterschaft ein vollendetes Original der modernen Jurisprudenz darbietet; so erhob sich ferner durch Sallust, Tacitus und Livius die Geschichtsschreibung von der chronikmäßigen Behandlung der Annalisten zur künstlerischen Wissenschaft empor; so wendete sich endlich die Feder Cicero's der Philosophie, jenem Mittel seiner jugendlichen Bildung, als dem Zwecke seines Alters zu:

Utinam res publica stetisset, quo coeperat statu, nec in homines non tam conmutandarum, quam evertendarum rerum cupidos incidisset! Primum enim, ut, stante re publica facere solebamus, in agendo plus, quam in scribendo, operae poneremus; deinde ipsis scriptis non ea, quae nunc, sed actiones nostras mandaremus, ut saepe fecimus. Cum autem res publica, in qua omnis mea cura, cogitatio, opera poni solebat, nulla esset omnino: illae scilicet literae conticuerunt forenses

et senatoriae. Nihil agere autem cum animus non posset; in his studiis ab initio versatus aetatis, existimavi, honestissime molestias posse deponi, si me ad philosophiam retulissem; de Off. II, 1 Vergl. §. 35.

Die Vollendung und Blüthe römiſcher Wiſſenſchaft und Kunſt ſteht aber ſelbſt wieder in innigſter Wechſelbeziehung zur Aufnahme und Pflege der Philoſophie: indem die Erſteren die Geiſter für den Einfluß der Letzteren vorbereiten und empfänglich machen, giebt dieſe ſelbſt die empfangene Wohlthat zurück, indem ſie Wiſſenſchaft und Kunſt veredelt und verfeinert. Vergegenwärtigen wir uns ſchließlich noch den mächtigen Einfluß, den namentlich Cicero durch ſeine Werke an ſich, ſowie durch die darin enthaltenen vielfältigen Anempfehlungen des Studiums der Philoſophie auf ſeine Zeitgenoſſen und Enkel ausübte, ſo werden wir die Wahrheit der Thatſache erkennen, daß die Philoſophie zu Rom einen empfänglichen Boden vorfand, ja daß ſie hier weniger, denn bei einem anderen Volke, eine fachwiſſenſchaftliche Behandlung erfuhr, vielmehr zum Gemeingute aller Männer von höherer Bildung wurde[323]), und daß endlich dieſe von der Gelehrſamkeit getragenen und verbreiteten philoſophiſchen Ideen durch ihr intenſives Gewicht allmählig bis in die niedrigeren Schichten der Bevölkerung herabſanken.

§. 45.

Einfluß der Lehre vom jus naturale auf das geiſtige Leben Roms.

Der Lehre vom jus naturale namentlich müſſen wir den ausgedehnteſten und tiefgreifendſten Einfluß auf die geſammte Ideenwelt des römiſchen Volkes überweiſen, ein Einfluß, den wir

323) Dies bezeugt für ſeine Zeit ſchon Cic. de Orat. III, 6.; ſ. auch pr. Arch. 3, 5. Tusc. II, 2, 6. 3, 8., wozu vergl. ibid. IV, 1.—4. u. a. m. Als Prototyp kann Varro gelten: wegen ſeiner Kenntniß der ſtoiſchen Philoſophie ſ. namentlich de R. R. II, 1, 3., und L. L. IX §. 30. M. vergl. mit Diogen. Laert. VII, 110., vergl. auch darüber, ſowie wegen ſeines Studiums der Academie Ottfr. Müller, Praef. ad L. L. p. V—VI.; wegen ſeiner Kenntniß des Ariſtoteles ſ. Stahr, Arist. unt. d. Römern p. 59 sq.; wegen der pythagoräiſchen Philoſophie ſ. namentl. de L. L. V §. 11 sq. VII, 17. de R. R. II, 1, 3. Serv. in Virg. Ecl. VIII, 75. Im Allgemeinen vergl. Cic. Acad. I. 3.

mit kurzen Worten dahin characteriſiren können, daß jene Lehre zuerſt das römiſche Volk zu einer kosmopolitiſchen Anſchauungsweiſe emporhob und ſo diejenigen Vorſtellungen, deren Keime bereits weitgreifende Eroberung und ausgedehnter Handelsverkehr in die Ideenwelt der Römer verpflanzt hatte, zur bewußten Erkenntniß führte und zu voller Ausdehnung und Tragweite ausbildete. Gleich allen Nationen des Alterthumes geht Rom in ſeiner ſtaatlichen Entwickelung aus von dem Principe nationaler Excluſivität in allen religiöſen, wie politiſchen und bürgerlichen Beziehungen. Auf jenes Princip ſtützt ſich der antike Begriff vom Staate, wie wir ſolchen namentlich von Ariſtoteles, Polybius und Cicero ausgeſprochen, vom antiken Leben getragen ſehen. Hiernach erſcheint der Staat als societas der Bürger zum Zwecke der Gemeinſamkeit des Rechtes, wie alles Nutzenbringenden, daher einerſeits dieſe Gemeinſchaft einer rechtlichen und förderlichen Ordnung der Verhältniſſe das Band iſt, welches die Vielheit der Bürger zur Einheit des Gemeinweſens verbindet, andrerſeits aber auch die Mitgliedſchaft an jener societas den Rechtsgrund der Theilnahme an deren Zwecken: an der Gemeinſchaft von jus und utilitas bildet.

Ueber dieſe Gränze hinaus war den Römern die Vorſtellung einer Gemeinſchaft zwiſchen den Menſchen, oder zwiſchen den Freien völlig fremd [324]). Zur Idee einer durch Gemeinſamkeit des Weſens und der Beſtimmung, der geiſtigen, wie materiellen Intereſſen bedingten Verwandtſchaft der Menſchen vermochten die Römer ſich nicht emporzuſchwingen, weil jene national-excluſive Auffaſſung alle und jede Verhältniſſe des Lebens erfaßte und durchdrang.

Erſt durch jenen ausgedehnteren Verkehr Rom's mit fremden Nationen, welchen Eroberung und Handelsbeziehungen herbeiführten, ward, wie bemerkt, einer dieſen national-excluſiven Tendenzen fremden Anſchauung Bahn gebrochen, und als Reſultat derſelben trat neben anderen Erſcheinungen das privatrechtliche jus gentium in's Leben. Allein wie bedeutungsvoll immerhin in dieſer Erſcheinung die Abſchwächung jenes uralten

---

324) Die einzige Ausnahme, die nicht in Betracht kommt, bildet der Staatsvertrag.

römiſchen Staats- und Volksprincipes ſich kund giebt, ſo läßt ſich dennoch hierin in keiner Weiſe ein tendenzmäßiges Aufgeben jenes Principes erblicken: jene Abweichungen werden als exceptionelle Conceſſionen den Anforderungen des practiſchen Bedürfniſſes zugeſtanden, ohne daß die Conceſſion ſelbſt als That einer wohlerwägenden Reflexion erſchiene, ja ohne daß überhaupt der Umſtand zur klaren und bewußten Anſchauung gelangt wäre, wie man in jener Conceſſion bereits zu einem vollſtändig neuem ſtaatlichen Principe übergehe. Denn indem die Römer ein privatrechtliches jus gentium aufſtellten, erkannten dieſelben darin in der That eine Rechtsnorm an, welche nicht bloß die socii civitatis, ſondern die geſammte freie Menſchheit beherrſcht, und hiermit ſtellen ſie zugleich über jene societas civium eine societas aller freien Menſchen, welche jenes privatrechtliche jus gentium trägt und deren Mitgliedſchaft den Rechtsgrund der Herrſchaft dieſes Rechtes, wie der Rechtsfähigkeit des Individuum bildet.

Dieſe Annahme einer societas hominum enthält aber in Wahrheit den Grundgedanken und das Princip, welches vom antiken Standpunkte aus in der Erſcheinung des jus gentium verhüllt lag, und welches allein die theoretiſche Rechtfertigung dieſer Abweichung der Herrſchaft des Geſetzes über das Rechtsſubject von ihren urſprünglichen und fundamentalen Grundſätzen bieten konnte. Allein jene doctrinelle Abſtraction blieb bis Cicero den Augen der Römer verborgen, weil in Ermangelung philoſophiſchen Wiſſens die Erkenntniß des letzten Grundes der Dinge dem Ideenkreiſe der Römer fremd blieb und ihre Speculation zur Erörterung derartiger abſtracter Fragen ſich nicht zu erheben vermochte.

Gerade jener Grundgedanke aber, jene letzte und höchſte Rechtfertigung des jus gentium, jene Doctrin, welche in ſchroffem Gegenſatze feindſelig dem alten ſtaatlichen Principe Rom's gegenübertritt und die hierauf geſtützte Conſtruction der geſammten religiöſen, politiſchen und bürgerlichen Verhältniſſe in ihren Grundveſten erſchüttert; jenes neue Dogma, ſagen wir, war von dem freien Geſichtspunkte der griechiſchen Philoſophie erkannt und ausgeſprochen, von Cicero aber in einer für den antiken Standpunkt erhabenen Weiſe begründet und ſeinen Mitbürgern zur bewußten Anſchauung vergegenwärtigt worden. Indem nun von dem Letzteren, wie bereits von den Stoikern jenes

Dogma in die innigſte Beziehung zur Theorie vom jus naturale geſetzt ward, ſo wirkte nun in dieſer Verbindung das jus naturale, ebenſowohl das Dogma von der societas hominum unterſtützend, wie ſelbſt von dieſem geſtützt, in der obbezeichneten kosmopolitiſchen Richtung.

Dies iſt die wichtigſte Bedeutung, welche, namentlich in jener Verbindung mit dem Dogma von der societas hominum, die Lehre vom jus naturale für das geſammte Alterthum hatte; ein bedeutungsvoller Moment aber auch in der Geſchichte des geſammten Menſchengeiſtes und ſeiner Cultur: der Wendepunkt, wo eine neue Phaſe in dem Gange der Entwickelung der Menſchheit anhebt und der Geiſt der Neuzeit, unterſtützt und gefördert durch die kosmopolitiſchen Lehren des Chriſtenthumes, ſeine Schwingen zu entfalten beginnt.

Die volle hervorgehobene Bedeutung der Lehre vom jus naturale wird ſich aber ergeben aus der Darlegung jenes Dogma ſelbſt von der societas hominum.

§. 46.

Fortſetzung.

(Lehre von der societas hominum).

Gleich Rom, ſo gehen auch die griechiſchen Politieen in ihrer ſtaatlichen Entwickelung von dem Principe nationaler Excluſivität aus, welches, zu Homer's Zeiten durchgängig herrſchend, noch in der Verfaſſung des Lykurg ſeine conſequente Durchführung findet. Früher als anderwärts erſcheint zu Athen jenes Princip gemildert durch die hohe Bildung ſeiner Bürger, die Verfeinerung des Geſchmackes, die Gefälligkeit der Sitten, die Geſellſchaftlichkeit des Lebens. Auf dieſem Boden war es, wo zuerſt wohl Socrates den Satz ausſprach:

κοινὴ πατρὶς ἀνθρώπων ἁπάντων ὁ κόσμος ἐστίν [325],

ein Ausſpruch, welcher die erſten Keime der Idee eines Weltbürgerthumes der Menſchen in ſich trug.

Von Socrates ging jener Gedanke auf die Cyniker über [326] und verpflanzte ſich auf Ariſtoteles, der den Menſchen als einen Theil der geſammten Menſchheit, dieſe ſelbſt aber als ein ſtaatsähnliches Gemeinweſen auffaßte, zu deſſen Theilnahme der Menſch

325) Musonius, lib. Exilium non esse malum bei Stob. Serm. 40, 7. Gaisf.

326) Vergl. §. 21.

berufen und innerhalb deſſen dem Einzelnen ein Wohlwollen gegen ſeine Mitmenſchen zur Pflicht gemacht ſei [327]).

Neben den Peripathetikern ergreifen zugleich die Stoiker jene Lehre mit der ihnen eigenen Empfänglichkeit für alles Edele und Erhabene, und ſie ſind es, welche zuerſt jene Idee in einer ausgedehnteren Maaße in ihren practiſchen Conſequenzen weiter verfolgen: Zeno bereits lehrt, daß nicht nach Staaten und Stämmen die Menſchheit ſich abſchließe, geſchieden durch das eigene Landrecht der Eine von dem Anderen, ſondern daß die geſammte Menſchheit unſere Stammgenoſſen und Mitbürger enthalte, und Eine Lebensregel, Ein Verein uns Alle umſchließe, gleich der Heerde, welche nach gleichem Geſetze die gemeinſame Weide benutze. Dieſe Idee einer weltbürgerlichen Staats- und Rechtsgemeinſchaft, welche nach dem gegebenen Bilde Alexander der Große zu verwirklichen unternahm [328]), ward weiter ausgebildet von Chryſippus [329]), Antipater [330]) und anderen Stoikern [331]), und von dieſen an Cicero überliefert, der ſie im Geiſte jener weiter ausbildete.

Ausgehend von der herrſchenden Vorſtellung vom Staate und dieſelbe verknüpfend mit der von den Stoikern entlehnten Lehre von der societas hominum, ſtützt derſelbe hierauf ein Syſtem von den societates, in welchem verſchiedene, einander umſchließende Kreiſe den Menſchen mit dem Menſchen um den Mittelpunkt eines gemeinſamen Intereſſes vereinen. Wir ſind geboren, ſagt Cicero, zu gemeinſchaftlichem Zuſammenleben mit allen Menſchen, und zur Gemeinſchaft der Verhältniſſe des Lebens und der rechtlichen Beziehungen [332]). Dieſer Beſtimmung entſprechend werden

327) Ethic. Nic. I, 7, 6. VIII, 1. Stob. Ecl. II, p. 252—254. Heer. Cic. Academ. I, 5, 21. Vergl. §. 54. Note 432.

328) Plut. de Alex. fort. I, 6.

329) Cic. de Fin. III, 20, 67. — 21, 69. Marcian. lib. 1. Inst. in §. 54.

330) Cic. de Off. III, 12, 52.

331) Cic. de N. D. II, 31. de Fin. III, 19. 20. IV, 3. de Off. I, 7, 22. Vergl. auch de Rep. III, 12., wo die Worte: justitia autem praecipit, parcere omnibus, consulere generi hominum, suum cuique reddere, sacra, publica, aliena non tangere, den Stoikern entlehnt oder nachgebildet ſind.

332) de Fin. III, 20, 65. IV, 2, 4. de Leg. I, 10, 28. 12, 33.

in vierfacher Potenzirung die Menſchen zu vier Graden des geſelligen Gemeinweſens vereinigt, innerhalb deren die justitia herrſchen ſoll [333]), zur societas hominum, nationis, civitatis, propinquorum:

Gradus plures sunt societatis hominum: ut enim ab illa discedatur, infinita; propior est ejusdem gentis, nationis, linguae, qua maxime homines conjunguntur; interius est etiam, ejusdem esse civitatis; — — arctior vero colligatio est societatis propinquorum; de Off. I, 17. Vergl. de Amic. 5, 19 [334]).

Das engſte dieſer Gemeinweſen iſt die societas propinquorum, welche durch die benevolentia und caritas begründet, die monumenta majorum, die sacra und die sepulcra zum Gegenſtande hat [335]).

Den weiteren Kreis bildet die societas civium, die gravissima et carissima, deren Gegenſtände forum, fana, porticus, viae, eges, jura, judicia, suffragia, consuetudines, familiaritates und multis cum multis res rationesque contractae, wie endlich auch imperia und potestates ſind. Das vinculum dieſer societas iſt der consensus [336]).

Ueber ihr ſteht die societas gentis oder nationis, deren Band die gemeinſame Sprache iſt, über deren Gegenſtand aber Cicero ſich nicht weiter erklärt [337]).

---

333) de Fin. V, 23, 65. de Off. I, 5, 14. c. 7.

334) Etwas abweichend iſt de Fin. V, 23, 65.: Nihil est, — — quod latius pateat, quam conjunctio inter homines hominum et quasi quaedam societas et communicatio utilitatum, et ipsa caritas generis humani: quae nata a primo statu, quo a procreatoribus nati diliguntur et tota domus conjugio et stirpe conjungitur, serpit sensim foras, cognationibus primum, tum affinitatibus; deinde amicitiis, post vicinitatibus; tum civibus, et iis, qui publice socii atque amici sunt; deinde totius complexu gentis humanae. Neben den im Texte gedachten vier societates nennt Cicero de Off. I, 17, 55. 56. noch die durch amicitia und beneficentia begründeten.

335) de Off. I, 17, 54. 55.

336) de Off. I, 16, 53. 17, 57. 58. de Leg. I, 7, 23. Vergl. §. 86.

337) de Off. I, 17, 53. Wegen gens und natio vergl. Beilage II. §. 2. Note 1.

Endlich die weiteste Sphäre des ſocialen Lebens umfaßt die societas hominum, welche unter allen am Vollkommenſten der natura entſpricht. Das vermittelnde Band bildet hier die den Menſchen mit Gott gemeinſame ratio und die oratio, und ihren Gegenſtand bilden alle Dinge, welche zu gemeinſamen Gebrauche die Natur beſtimmte, nämlich Alles, was ohne Nachtheil dem Anderen ſich mittheilen läßt: das fließende Waſſer und das Feuer, wie der gute Rath, und Alles dies iſt zu gemeinſamer utilitas vom Einzelnen beizuſteuern [338]). Den wichtigſten der Zwecke dieſer societas bildet jedoch die Gemeinſchaft von Recht.

Gleich wie daher die civitas als societas civilis erſcheint, deren socii, die cives, durch das Band des jus civile vereinigt ſind, ſo ſtellt ſich auch die geſammte Menſchheit als societas juris [339]) dar, und zwar als societas naturalis [340]), deren socii, die homines, ebenfalls durch das Band gemeinſamen Rechtes vereinigt und zu Beobachtung der hierdurch gebotenen Pflichten gehalten ſind [341]), Pflichten, welche bis zu dem Umfange der allgemeinen chriſtlichen Menſchenliebe in der erhabenſten Weiſe ausgedehnt worden ſind [342]). Und gleichwie die bürgerliche societas das Territorium des Staates inne hat, als den Raum, deſſen ſie zu ihrer Exiſtenz bedarf, ſo iſt jener von Gott ſelbſt begründeten societas die geſammte Welt als ihr mit Gott gemeinſames Territorium überwieſen worden [343]), als deſſen Herrſcher Gott ſelbſt gilt, während der Menſch der Untergebene iſt, und als Glied dieſes Gottesreiches die Verpflichtung hat, in der Be-

338) de Off. I, 4, 12, c. 5. 16, 50—52. de Fin. II, 14, 45. III, 19, 63 — 21, 69. de Leg. I, 9, 27. 13, 35.

339) de Leg. I, 13, 35.

340) de Leg. I, 5, 16. 7, 23. de Off. I, 16.

341) de Off. III, 6, 28. vergl. I, 18, 60. c. 44.

342) de Off. III, 5, 25.: Magis est secundum naturam, pro omnibus gentibus, si fieri possit, conservandis aut juvandis maximos labores molestiasque suscipere, imitantem Herculem illum, quem hominum fama, beneficiorum memor, in concilio coelestium collocavit, quam vivere in solitudine. Vergl. de Fin. III, 20, 68.

343) de Leg. I, 23.: Universus hic mundus una civitas communis Deorum atque hominum existimanda est. de N. D, II, 62. de Rep. I, 13. de Fin. 19, 64.

förderung des Gemeinwohles den letzten Zweck seines Handelns zu erblicken [344]). So erscheint die gesammte Menschheit als eine civitas, welche, wie die civitas civium, nicht allein durch gemeinsames Recht, sondern auch durch die Unterordnung unter die nämliche Staatsgewalt verbunden ist, unter die Herrschaft des praepotens Deus [345]).

Das Recht nun, welches diese societas hominum verbindet, ist das jus naturale, daher dasselbe auch als jus humanae societatis bezeichnet wird [346]). Dieses ist das durch göttliche Anordnung selbst jener societas verliehene Gesetz und diese Bestimmung läßt es als Fundamentalrecht der Letzteren erscheinen. Allein neben diesem natürlichen Rechte existirt auch ein positives Recht als Gesetz für die gesammte Menschheit: das jus gentium. Dieser Gedanke liegt angedeutet in de Off. III, 17, 69.:

> Societas est enim, — latissime quidem quae pateat hominum inter homines; interior eorum, qui ejusdem gentis; propior ejusdem civitatis. Itaque majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt. Quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet,

indem in dieser Stelle das jus gentium in gleicher Weise der societas hominum, wie das jus civile der societas civium zu correspondiren scheint. (Vergl. Beilage II. §. 2.).

Dies ist die Lehre von der societas humana, welche, im innigsten Wechselzusammenhange stehend mit der Doctrin vom jus naturale [347]), aus der griechischen Philosophie von Cicero seinen Mitbürgern übermittelt wurde [348]) und hier, auf römischem Boden, in Bekämpfung jenes angestammten Principes der nationalen

---

344) de Fin. III, 19, 64. de Off. I, 7, 22.

345) de Leg. I, 7, 23. de N. D. II, 31, 78.

346) de Leg. I, 7, 23. 10, 28. 15, 42. de Off. I, 7, 21. Vergl. de Fin. V, 23.

347) In keiner inneren Verbindung dagegen steht mit der Lehre von der societas hominum oder vom jus naturale die dem Chrysippus entlehnte Lehre von der mehrfachen Persönlichkeit des Menschen, worüber vergl. Cic. de Off. I, 30, 107. c. 32. de Orat. II, 24, 102.

348) Vergl z. B. Tacit. Agric. 2.: conscientia generis humani; Flor. III, 6, 1.: foedus generis humani; Quintil. Declam. 13.: procul omnis juris humani societate summoti. Vergl. auch §. 86.

Exclusivität und in Beförderung einer kosmopolitischen Anschauungsweise den römischen Staat in allen seinen Institutionen und Satzungen empfindlich afficiren und die Geistesrichtung des römischen Volkes wesentlich und um so eingreifender umgestalten mußte, als, wie bemerkt, die Römer in Folge des ausgedehnten auswärtigen Verkehres und der Unterwerfung fremder Völkerschaften, sowie namentlich in Folge ihrer Bekanntschaft mit einem privat-, wie völkerrechtlichen jus gentium für die Einflüsse jener Lehre vorbereitet und empfänglich geworden waren. So aber ward die Lehre von der societas hominum von dem entscheidendsten Einflusse auf den geistigen Fortschritt jener Nation.

In dieser Lehre hat zugleich die antike Philosophie ihre Aufgabe in einer in der That erhabenen und bewundernswerthen Weise gelöst: sie erscheint hierin, wie in so vielen Stücken, als die unmittelbare Vorläuferin des Christenthumes, dessen Lehre von der Weltfamilie[349]) vorbereitend: denn von der Idee, daß alle Menschen Mitbürger, erscheint es als ein nur kleiner Schritt zu jenem Dogma, daß alle Menschen Brüder sind.

Parallel mit jener Lehre von der societas hominum läuft endlich die von den Anhängern des Pythagoräischen Dogma der Rechtsgemeinschaft zwischen Menschen und Thieren vertretene Lehre von der societas animalium cum hominibus[350]), welche jedoch jener höheren geschichtlichen Bedeutung entbehrt.

§. 47.

Fortsetzung.

(Die Lehre vom jus naturale in der röm. Wissenschaft im Allgemeinen.)

Wir haben darauf hingewiesen, daß Cicero sowohl in seinen Werken, als durch diese in den Werken der griechischen Philosophen die Lehre vom jus naturale in die Wissenschaft und das

349) Selbstständige Spuren dieser Lehre finden wir auch in der Anschauungsweise der früheren Kaiserzeit, so bei Florentinus lib. 1. Instit. (l. 3 D. de J. et J. 1, 1.): quum inter nos cognitionem quandam natura constituerit. So auch bei Senec. Epist. XCV: natura nos cognatos edidit; ingleichen Marc. Ant. Comment. X, 6.

350) So z. B. bei Plin. H. N. VIII, 42.

Leben Rom's eingeführt, und späterhin die römiſchen Philoſophie ſelbſt die Herrſchaft dieſer Lehre zu befeſtigen beigetragen habe. Wenn wir daher in der röm. Wiſſenſchaft im Allgemeinen, wie in der röm. Jurisprudenz insbeſondere die Einwirkung jener philoſophiſchen Doctrin annehmen und deren Spuren nachweiſen, ſo kann doch ſelbſtverſtändlich dieſe unſere Annahme nicht den Sinn haben, als ob wir damit behaupteten, daß jeder röm. Dichter oder Geſchichtsſchreiber oder Juriſt, der in ſeinen Werken des jus naturale gedenkt, dieſen ſeinen Begriff unmittelbar und vorſätzlich in den Schriften der Philoſophen aufgeſucht und aus dieſen entlehnt habe; vielmehr dürften vielleicht nur einzelne Gelehrte Rom's jenes jus naturale der Philoſophie als deren Eigenthum überwieſen oder vielleicht auch nur ſeines Ausfluſſes aus dieſer Quelle ſich mit Klarheit bewußt geworden ſein. Allein gleich dem Steine, der in das Waſſerbecken geworfen, in cirkelförmiger Welle eine Bewegung erzeugt, welche in immer weiter umfaſſender Schwingung allmählig über die ganze Fläche ſich ausdehnt, ſo mußte, nachdem zu Cicero's Zeit das Dogma vom jus naturale als eine ganz neue Vorſtellung in die Ideenwelt einzelner Gelehrten verſetzt war, von hier aus dieſe Lehre in immer weiteren Kreiſen der Nation ſich verbreiten, ſelbſt wenn das Bewußtſein vom fremden Urſprunge dieſer Lehre allmählig ſich verloren haben ſollte. So wurde jenes Dogma vom jus naturale zunächſt den denkenden Köpfen der Nation vermittelt und mochte von hier aus ſelbſt der großen Menge auf unſichtbarem Wege mitgetheilt und durch die Tauſende von Kanälen zugeführt werden, durch welche in raſtloſer Bewegung der flüchtige Gedanke in der menſchlichen Geſellſchaft circulirt. Indem wir daher einestheils die Annahme verleugnen, als ob die Gelehrten Rom's durchgängig jene Doctrin unmittelbar aus der Philoſophie entlehnt hätten, ſo müſſen wir doch andrerſeits ebenſo der flachen Bemerkung entgegentreten, daß die röm. Wiſſenſchaft ebenſo gut auf jenen Gedanken habe kommen können, wie die griech. Philoſophie. Denn wo erweislich eine Vorſtellung von ernſter und erhabener Bedeutung durch einen Mann von großem Namen und hohem litterariſchen Anſehen aus einer fremden Vorſtellungsmaſſe in die davon faſt noch unberührte Ideenwelt einer Nation übertragen wird, hier aber in Dichtkunſt und Wiſſen-

ſchaft, Philoſophie und Jurisprudenz wiederkehrt, ja eine tiefgreifende Reform in alt überlieferten Lehren hervorbringt, — da noch den derivativen Character jener Vorſtellung beſtreiten zu wollen, würde als Beginnen gelten, deſſen Reſultat keinen Anſpruch auf Widerlegung haben kann.

In dieſem Sinne daher finden wir in der röm. Litteratur im Allgemeinen jene philoſophiſchen Lehren vom Naturrecht vertreten. Die Leugner eines ſolchen repräſentirt Horaz, Sat. I, 3, 110 sq.; während der Begriff eines allen Menſchen gemeinen jus naturale ſich findet bei Gell. N. A. VII, 3., wie bei Sallust. Cat. 1. (jus bonumque apud eos non legibus magis, quam natura valebat, in Verbindung mit: nostra omnis vis in animo et corpore sita est: animi imperio, comporis servitio magis utimur; alterum nobis cum Diis, alterum cum belluis commune est); ferner bei Sulpit. Victor J. O. p. 286. Capp. und Artemidorus, Oneirocrit. IV, 32. tom. I. p. 314. Reiff.; vornämlich aber bei Quintilian., der in J. O. VII, 4, 5. 6. das geſammte Recht in die natura und constitutio, d. i. das φύσει und das νομικὸν δίκαιον zerlegt und das Weſen der Erſteren durch die ſtoiſche und peripathetiſche Begriffsbeſtimmung characteriſirt:

Justum omne continetur natura vel constitutione: natura, quod secundum cujusque rei dignitatem; hic sunt pietas, fides, continentia et talia. Adjiciunt et id, quod sit par; verum id non temere intuendum est, nam et vis contra vim et talio nihil habent adversus eum, qui prior fecit, injusti; et non, quoniam res pares sunt, etiam id est justum, quod antecessit. Illa utrinque justa, eadem lex, eadem conditio; ac forsitan ne sint quidem paria, quae ulla parte sunt dissimilia. Constitutio est in lege, more, judicato, pacto [351]).

Dem entſprechend ſcheidet daher Quint. J. O. XII, 2, 3. die leges, quae natura sunt omnibus datae, auf denen das justum natura [352]) und die leges, quae propriae sunt populis et gentibus constitutae, auf denen das justum constitutione beruht.

351) In den Worten: adjiciunt et id, quod sit par giebt Quintilian den peripathetiſchen Begriff: das ἴσον des Ariſtoteles, vergl. §. 24.; in den Worten: natura [justum est], quod secundum cujusque rei dignitatem [est] den ſtoiſchen Begriff: das ἀπονεμητικὸν τῆς ἀξίας ἑκάστῳ; vergl. §. 28.

352) So auch J. O. XII, 1, 41.

Dagegen die pythagoräiſche Anſicht bezüglich eines den Menſchen und Thieren gemeinſamen Naturrechtes findet ſich vertreten von Virgil, Georg. IV, 219 sq. Ovid, Metam. XV, 127. 165 sq. und zu detaillirter Anwendung verarbeitet von Plinius in der Hist. Nat. Denn nicht allein, daß dieſer VIII, 5, 5. den Elephanten divinationem quandam justitiae, und X, 36, 52. den Tauben quidam gloriae intellectus, nicht minder VIII, 42, 64. den Pferden cognationum intellectus beilegt, und ebendaſelbſt die Erzählung mittheilt, daß ein Pferd um des mit ſeiner Mutter vollzogenen Coitus willen ſich freiwillig den Tod gegeben habe, ſo berichtet derſelbe auch mehrfach, ob und welche Thiere das adulterium kennen und beſtrafen [353]). So ſagt Plin. Hist. Nat. VIII, 16, 17. von den Löwen:

> Odore pardi coitum sentit in adultera leo totaque vi consurgit in poenam; idcirco ea culpa flumine abluitur aut longius comitatur;

ſowie X, 34, 52. von den Tauben:

> Pudicitia illis prima et neutri nota adulteria. Conjugi fidem non violant communemque servant domum. Nisi coelebs aut vidua, nidum non relinquit etc.

endlich VIII, 5, 5. von den Elephanten: adulteria non novere.

Die Annahme ſolcher Vergehen der Thiere, welche auf die lex naturae zurückzuführen ſind, läßt vielleicht auch die mehrfach erwähnten injuriae der Thiere [354]) in einer gewiſſen rechtlichen Beziehung erſcheinen, weiſt aber jedenfalls darauf hin, daß Plinius Vorſchriften der lex naturae ſtatuirte, welche für Menſchen, wie Thiere gleiche Normen feſtſetzten, und die societas animalium cum hominibus mitbegründeten [355]).

---

353) Adulterium kommt zwar bei Plinius auch in der ſehr ausgedehnten Bedeutung einer Vermiſchung von ſpecifiſch-fremdartigen, ſelbſt lebloſen Dingen vor, ſo z. B. IX, 65. Allein, wenn auch nicht hier, ſo gewinnt doch in Beziehung auf die Thiere das adulterium eine rechtliche Bedeutung, weil diesfalls von einer Strafbarkeit und Beſtrafung deſſelben die Rede iſt.

354) So z. B. XXII, 7, 8.

355) Vergl. §. 46. in fin.

Von Plinius ging jene Anſchauung ſodann auf andere Naturhiſtoriker über, ſo auf Solinus [356]), Aelian [357]) u. A.

§. 48.

Die Lehre vom jus naturale in der römiſchen Philoſophie.

Wie die Philoſophie dieſes Zeitraumes im Allgemeinen ſich begnügte, den von der Vergangenheit überlieferten Stoff zu verarbeiten, ſo haben auch insbeſondere die Römer ſelbſtſtändige Schöpfungen auf dieſem Gebiete hervorzubringen nicht vermocht. Dieſer Mangel an Originalität des Geiſtes, der dieſe Periode in Bezug auf die philoſophiſche Speculation characteriſirt, ließ daher kaum über eklektiſche Syſteme hinausgelangen, gebot vielmehr in der Regel ein Anſchließen an die überlieferten Syſteme der griechiſchen Philoſophie [358]). Dabei hat jedoch die Letztere auch in dieſer Periode eines ausgedehnten Beifalles ſich erfreut und die Geſchichte überliefert immerhin zahlreiche Namen von Freunden und Verehrern der Philoſophie, wie von Männern, welche den Lehren derſelben ihre Feder widmeten [359]). So werden uns als Verehrer der pythagoräiſchen Philoſophie genannt: P. Nigidius Figulus, Moderatus, Nicomachus, Q. Sextus u. A.; als Platoniker: Favorinus, Appulejus, Atticus, Maximus u. A.; als Verehrer der peripathetiſchen Philoſophie: Marcus Antonius, Q. Lutatius Catulus u. A.; als Epicuräer: Lucretius, Pomponius Atticus u. A.; als Stoiker: Seneca, Epictet, Arrian, Antonin, Dio Chryſoſtomus u. A.; daneben auch einige Cyniker und jüdiſche Philoſophen, unter denen z. B. Philo, während als Skeptiker Agrippa und Sextus Empiricus glänzen. Allein die Lehre vom jus naturale war zu ſorgſamer Pflege und Ausbildung den Juriſten überlaſſen worden, während ſie von den Philoſophen, wenn auch nicht völlig vergeſſen, ſo doch, wie es ſcheint, auch mit keiner beſonderen Sorgfalt cultivirt wurde. So finden wir

356) Vergl. 25, 6.

357) Vergl. III, 5.

358) Vergl. Tennemann, Geſch. der Phil. V. p. 9 sq. 44 sq. 104 sq.

459) Vergl. Tennemann l. c. V. p. 98 sq. 110 sq. 140 sq. Krug, Geſch. der alten Phil. §. 150. 151. 156—164. Bähr, Geſch. d. röm. Litterat. §. 329 ff. Stahr, Ariſtot. unt. d. Röm. p. 15 ff.

dieſer Lehre zwar gedacht von Dio Chryſoſtomus [360]), von Epictet [361]), von Philo [362]), allein dieſe Spuren beweiſen eben nur, daß auch hierin, wie allenthalben in der Philoſophie Stillſtand eingetreten war und die weitere Ausbildung des Ueberlieferten unterblieb. Eine nähere Berückſichtigung haben wir daher jenen Philoſophen um ſo mehr zu verſagen, als wir der Annahme Raum zu geben haben, daß die Juriſten dieſes Zeitalters weit mehr in den der vorigen Periode angehörigen philoſophiſchen Productionen der Griechen und eines Cicero, als bei ihren eigenen Zeitgenoſſen die ſpeculativen Fundamente ihrer Lehren ſuchten. Nur Seneca und Antonin können eine weitere Beachtung finden, weil einerſeits bei ihnen die Lehre von der societas hominum und dem jus naturale mehr in den Vordergrund tritt, andrerſeits aber auch ſie der röm. Jurisprudenz äußerlich näher ſtehen, gerade ihnen daher am Erſten ein Einfluß auf die Ausbildung jener Lehren in der Rechtswiſſenſchaft beigemeſſen werden darf.

Seneca (geb. 755 d. St., geſt. 819) lehrt: Es iſt ein Frevel, dem Vaterlande Nachtheil zu bringen: es iſt ehrwürdig. Daher iſt es auch Frevel, dem Mitbürger zu ſchaden: als Theil des ehrwürdigen Ganzen iſt er unverletzlich. Gleiches gilt von dem Mitmenſchen, denn er iſt uns Mitbürger in einem größeren Staatsweſen. Zur Theilnahme an dieſem Staatsweſen ſind wir geboren und nur die Harmonie und Erhaltung der einzelnen

---

360) Dio Chrysost. Or. 80. II. p. 438. Reiske.

361) Arrian. p. 259. Schweigh.

362) Derſelbe ſagt περὶ τοῦ πάντα σπουδαῖον ἐλεύθερον εἶναι, p. 675.: Νόμος δὲ ἀψευδής, ὁ ὀρθὸς λόγος, οὐχ' ὑπὸ τοῦ δεῖνος ἢ τοῦ δεῖνος ἐνηοῦ φθαρτὸς ἐν χαρτιδίοις, ἢ στήλαις ἄψυχος ἀψύχοις, ἀλλ' ὑπ' ἀθανάτου φύσεως ἐν ἀθανάτῳ διανοίᾳ τυπωθείς (Vera autem lex, recta est ratio, non ab hoc aut illo mortali mortalis in chartula, aut lapide inanima inanimo notata, sed ab immortali natura in mente immortali impressa et insignita), und de Josepho p. 414. ἡ μὲν μεγαλόπολις ὅδε ὁ κόσμος ἐστὶ, καὶ μιᾷ χρῆται πολιτείᾳ καὶ νόμῳ ἑνί· λόγος δέ ἐστι φύσεως, προστακτικὸς μὲν ὧν πρακτέον, ἀπαγορευτικὸς δὲ ὧν οὐ ποιητέον (Magna respublica est hic noster mundus, et una utitur civitate unaque lege; ratio enim est naturae, praecipiens quid faciendum, vetans quid omittendum sit), wo die letzten Worte aus Chryſipp περὶ νόμου (ſ. §. 27). entlehnt ſind. Vergl. auch de Migrat. Abrah. p. 319. m. d.

Theile ſichert den Beſtand des Ganzen; de Ira II, 31. So erſcheinen wir als Glieder Eines großen Körpers, als Verwandte geboren, aus gleichem Elemente und zu gleichem Zwecke, durch gegenſeitige Liebe, durch Geſelligkeitstrieb, durch Rechtsgefühl vereinigt, Epist. XCV:

> Membra sumus corporis magni! Natura nos cognatos edidit, cum ex iisdem et in eadem gigneret. Haec nobis amorem indidit mutuum et sociabiles fecit; illa aequum justumque composuit; ex illius constitutione miserius est nocere, quam laedi, et illius imperio paratae sunt ad juvandum manus. — — Habeamus in commune, quod nati sumus. Societas nostra lapidum fornicationi simillima est, quae casura, nisi invicem obstarent, hoc ipso sustinetur; Vergl. de Benef. IV, 18. Epist. XC. de Tranquill. anim. 3.

Das Geſetz dieſer societas hominum iſt die lex naturae: justi injustique regula [363]), als deren Gebot nun das jus naturae [364]) ſich darſtellt, welches, wie Alles, was der natura entſtammt, allenthalben gleichmäßig ſich kund giebt [365]).

In noch höherem Maaße tritt jene Doctrin hervor bei Marc. Antoninus Philoſ. (geb. 847, geſt. 933 d. St.), ein Mann, deſſen Lehre durch eine vollkommnere Annäherung an den milden, verſöhnlichen, die erhabenſte Liebe athmenden Geiſt des Chriſtenthumes ſich auszeichnet. Liebe deine Mitmenſchen und gehorche Gott, φίλησον τὸ ἀνθρώπινον γένος, ἀκολούθησον θεῷ, lautet eins der ſittlichen Gebote des Antonin [366]), welches in ächt chriſtlichem Sinne bis zur Liebe und zum Wohlwollen ſelbſt gegen die Feinde ausgedehnt wurde [367]). Aus dieſer Geſinnung iſt es zu erklären, daß die Philoſophie des Antonin auf die Lehre von der societas hominum einen überwiegenden Nachdruck legt und die Vorſchriften der Pflichten gegen die Mitmenſchen weſentlich auf jenes Dogma ſtützt, in-

363) Epist. IV. de Benef. IV, 12.

364) Daſſelbe wird z. B. Quaest. nat. III praef. erwähnt. Lex naturalis findet ſich z. B. de Benef. IV, 17.

365) Vergl. Consol. ad Marc. 7. 8.

366) Comment. VII, 31.

367) Comment. VII, 26. IX, 27. XI, 13.

dem ſie in dieſer Beziehung die Beförderung des Wohles der geſammten Menſchheit als leitenden Geſichtspunkt für die Gebote der ratio hinſtellt. Gegenüber jener πόλις καὶ πολιτεία ἡ πρεσβύτατη, jener πόλις ἡ ἀνώτατη[368]) erſcheinen daher die einzelnen Staaten nur im Verhältniſſe von Familien zum Staate. Der Menſch aber iſt der Menſchen willen geboren[369]) und iſt nur ein Theil jener κοινωνία, welche eine Verwandtſchaft unter allen Menſchen begründet und ein einheitliches Gemeinweſen, dem gegenüber der Einzelne nur als Glied des Ganzen erſcheint, daher auch zur Beförderung von deſſen Wohle verpflichtet iſt[370]). Das ſtete Bewußtſein dieſer Gemeinſchaft und das Wirken im Sinne eines Gliedes derſelben iſt demgemäß die vornehmſte und allgemeinſte Pflicht gegen Andere[371]). Hierauf ſtützt ſich das erhabene Wort jenes trefflichen Fürſten:

πόλις καὶ πατρὶς, ὡς μὲν Αντονίνῳ, μοι ἡ Ῥώμη, ὡς δὲ ἀνθρώπῳ, ὁ κόσμος (Civitas et patria mei, Antonini: Roma; hominis: mundus.) Comm. VI, 44.

Als Conſequenz ſolcher Anſchauung finden wir daher auch bei ihm die Lehre vom κοινὸς νόμος, rückſichtlich deſſen er in Uebereinſtimmung mit den übrigen Stoikern ſagt:

κόσμος τε εἷς διὰ ἁπάντων, θεὸς εἷς διὰ πάντων, καὶ οὐσία μία, καὶ νόμος εἷς, λόγος κοινὸς πάντων τῶν νοερῶν ζώων, καὶ ἀλήθεια μία (et mundus unus et Deus unus est omnibus et facultas una et lex una, communis ratio intelligentium omnium animantium, et veritas una); Comm. VII, 9.

und:

εἰ τὸ νοερὸν ἡμῖν κοινὸν, καὶ ὁ λόγος, καθ' ὃν λογικοί ἐσμεν, κοινός· εἰ τοῦτο, καὶ ὁ προσταχτικὸς τῶν ποιητέων, ἢ μὴ, λόγος κοινός· εἰ τοῦτο, καὶ ὁ νόμος κοινός· εἰ τοῦτο, πολῖται ἐσμέν· εἰ τοῦτο, πολιτεύματός τινος μετέχομεν· εἰ τοῦτο, ὁ κόσμος ὡσανεὶ πόλις ἐστί. τίνος γὰρ ἄλλου φήσει τις τὸ τῶν ἀνθρώπων πᾶν γένος κοινοῦ πολιτεύματος μετέχειν; ἐκεῖθεν δὲ ἐκτῆς κοινῆς ταύτης πόλεως

368) Comment. II, 16. III, 11.

369) Comment. VIII, 59.

370) Comment. VII, 13. X, 6. XI, 8.

371) Comm. VI, 23. VII, 55. VIII, 12. IX, 9. 22. 23. X, 2. 6.

καὶ αὐτὸ τὸ νοερον καὶ λογικὸν καὶ νομικὸν ἡμῖν, ἢ πόθεν; (si intelligentia nobis communis est, etiam ratio, qua rationales dicimur; si haec, etiam ea, quae, quid agendum sit, quid omittendum praescribit, ratio communis; proinde et lex communis; quodsi ita se habet, cives sumus, ergo civitatis alicujus participes; mundus igitur sicut civitas est. Cujus enim alius civitatis dicere possemus civilem esse communionem universo generi humano? Unde ergo nobis et intelligentia et ratio et lex, ex communi illa civitate an aliunde?) Comment. IV, 4.

§. 49.

Einfluß der Philoſophie auf die röm. Jurisprudenz.

Die Frage über den Einfluß der Philoſophie auf die röm. Jurisprudenz iſt ſeit Cujacius Gegenſtand vielfältiger Unterſuchungen geweſen und bis auf die neueſte Zeit herab in verſchiedener Weiſe beantwortet worden [372]). Faſt alle dieſe Erörterungen haben indeß im Weſentlichen nur dahin geführt, daß man entweder allen Einfluß der Philoſophie auf die Entwickelung und Geſtaltung der röm. Jurisprudenz negirte oder aber dieſen Einfluß in zahlreichen Specialitäten der Rechtslehre auffand und darlegte. Das Erſte iſt ſo unhiſtoriſch und widerſinnig, wie das Letztere geſchmacklos und kurzſichtig. Dieſes kümmerliche Reſultat vielſeitiger Bemühung iſt aber nothwendig bedingt durch die Unklarheit, mit welcher man an die Unterſuchung ſelbſt und deren Beantwortung ging. Denn jene Frage muß nach einem vierfachen Geſichtspunkte in's Auge gefaßt und beantwortet, und demgemäß die Erörterung darauf gerichtet werden, ob wir der Philoſophie im Allgemeinen, ob wir einzelnen Dogmen derſelben insbeſondere einen Einfluß beimeſſen

372) Die vorzüglichſte Schrift über dieſen Gegenſtand iſt von Jan. Messchert van Vollenhoven, de exigua vi, quam philos. Graec. habuit in efformanda jurisprud. Rom. Amstelod. 1834. Die neueſte mir bekannte Unterſuchung iſt von Ratjen: „Hat die ſtoiſche Phil. bedeutenden Einfluß auf die ꝛc. juriſtiſchen Schriften gehabt?“ in Sell, Jahrb. Bd. III. pag. 66 ff. Die Litteratur findet ſich in letzterer Abhandlung, ſowie bei Bähr, Geſch. d. röm. Litteratur §. 329 Note 14., wozu Spangenberg, Einl. in das corp. jur. p. 226 sq. und Puchta, Inſt. §. 102.

können auf die römiſche Rechtsbildung und Rechtswiſſenſchaft im Allgemeinen oder auf einzelne Rechtslehren insbeſondere.

Die erſte jener Fragen muß bejaht werden, ſelbſt bevor wir uns den Entwickelungsgang der röm. Jurisprudenz vergegenwärtigen. Denn wenn die Philoſophie Griechenlands und Cicero's insbeſondere einen Einfluß auf die röm. Wiſſenſchaft im Allgemeinen, wie auf den geſammten röm. Volksgeiſt ausübte, ſo mußte ſolcher Einfluß auch die Rechtswiſſenſchaft mit Nothwendigkeit berühren. Denn das Recht iſt ein Product des Volksgeiſtes, wie die Jurisprudenz ein Theil der Geſammtwiſſenſchaft. Afficirte daher die Philoſophie die Ideenwelt der römiſchen Nation und namentlich auch der denkenden Köpfe, ſo mußte die röm. Jurisprudenz ſowohl als Wiſſenſchaft, wie auch in dem Gegenſtande ihrer Lehre inſpirirt und ergriffen werden von dem neuen Gedankenaufſchwunge, den die Philoſophie durch ihre nach höchſter Wahrheit ringende Lehre anregte. Die Macht der Idee, welche, gleich der Stimme einer neuen Offenbarung, nach Rom herüberdrang aus Athen, jenem Tempel des höheren Cultus der Vernunft, konnte daher um ſo weniger ohne Einfluß auf die wiſſenſchaftliche Bildung und Behandlung des Rechtes verbleiben, als die römiſchen Juriſten in der That der Philoſophie ihre Aufmerkſamkeit zuwendeten. Denn nicht allein, daß die römiſchen Juriſten als Männer ſich darſtellen, welche keineswegs dem Rechte allein ihre Thätigkeit und ihre wiſſenſchaftlichen Beſtrebungen ausſchließlich widmeten [373]), ſo regte überdem gerade die Philoſophie zum Studium ihrer ſelbſt an, weil ſie als integrirende Theile diejenigen Doctrinen in ſich faßte, welche dem Rechtsgelehrten aller Orten und Zeiten geradezu unentbehrlich ſind: die Logik, Metaphyſik, Pſychologie, als die Wiſſenſchaften von den Grundlagen, dem Weſen und den Geſetzen des Denkens und als die Lehren des Definirens,

373) Vergl. z. B. wegen Trebatius Testa, Cic. Top. 1.; wegen Serv. Sulpicius Galba, Cic. Brut. 22.; wegen Serv. Sulpicius Rufus, Cic. Brut. 41. Gell. II, 10; wegen Labeo, Gell. XIII, 10.; wegen Pomponius deſſen lib. 7. Epist. (l. 20. D. de fideic. libert. 40, 5.): Ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam in octavum et septuagesimum annum aetatis duxi, memor sum ejus sententiae, qui dixisse fertur: χρῆν τὸν ἕτερον πόδα ἐν τῇ σωρῷ ἔχω, προσμαθεῖν τι βουλόμην.

Urtheilens, Entſcheidens, und der Disputirkunſt wie Beredtſamkeit; nicht minder die Ethik und Politik, als die Lehre über die letzten Gründe und das Weſen von Staat und Geſetz, Recht und Pflicht [374]). So boten ſich den röm. Juriſten Werke dar, wie des Ariſtoteles Bücher über die Gerechtigkeit, über Politik und Oekonomik, über Ethik und Rhetorik; des Zeno de legibus, des Chryſipp de lege, de honestate, des Panätis de officiis, des Chryſipp und Cleanth de ambiguitatibus (περὶ ἀμφιβολῶν und περὶ τῶν ἀπόρων), u. A. m., vornähmlich aber Cicero's Werke de officiis, de republica und insbeſondere de legibus. Schriften dieſer Art, welche ſelbſt die dringendſte Anempfehlung des Studium der Philoſophie enthielten [375]), mochte ein Juriſt von Bildung wohl niemals völlig vernachläſſigen, und namentlich ſind es die Werke der Stoiker, welchen wir neben denen Cicero's ein bedeutenderes Anſehen bei den Juriſten beimeſſen dürfen. Denn namentlich dieſe zeichneten ſich ſowohl durch ihr practiſches Weſen in Tendenz, wie Ausführung [376]), als auch

374) Vergl. Alfenus, lib. 6. Digest. (l. 76 D. de judic. 5, 1.), Africanus lib. 5. Quaest. (l. 88 pr. D. ad l. Falc. 35, 2.), Julianus lib. 54. Dig. (l. 65 D. de R. J. 50, 17.), Ulpianus lib. 47. ad Sabin. (l. 177 D. de V. S. 50, 16.); auch Cic. de Orat. I, 3., insbeſ. §. 9: Neque enim te fugit, omnium laudatarum artium procreatricem quandam et quasi parentem eam, quam φιλοσοφίαν Graeci vocant, ab hominibus doctissimis judicari. Vergl. auch de Orat. III, 16, 60. Brut. 31, 120. 121. Vergl. Note 375.

375) So ſagt z. B. Cicero im Orat. 4, 14: positum sit igitur imprimis, quod post magis intelligetur, sine philosophia non posse effici eloquentem und §. 16.: nec vero sine philosophorum disciplina genus et speciem cujusque rei cernere neque definiendo explicare nec tribuere in partes possumus nec judicare quae vera, quae falsa sint, neque cernere consequentia, repugnantia videre, ambigua distinguere. Aeußerungen dieſer Art finden ſich namentlich in den rhetoriſchen Schriften häufig; vergl. de Orat. I, 42. u. 51. und die Note 374. citirten Stellen.

376) Die Unterſuchungen der Stoiker über den Umfang und das Maaß der Pflichten erſtreckten ſich insbeſondere auch auf die in dem äußeren Verkehr des Lebens hervortretenden Pflichten und auf Verhältniſſe, welche einerſeits dem täglichen Verkehre angehörten, andrerſeits einer rechtlichen Normirung bedurften; vergl. die Erörterungen des Hecato von Rhodus in ſeinem Werke de officiis bei Cic. de Off. III, 15. u. 23., die Unterſuchungen des Diogenes von Babylon und Antipater von Tarſus bei Cic. de Off. III, 12. 13. u. 23. Dieſe Umſtände in Verbindung mit der caſuiſtiſchen Be-

dadurch aus, daß ſie zu practiſcher Thätigkeit unmittelbar anregten [377]). Allein auch die Schriften des Ariſtoteles und Theophraſt, die in der Bibliothek des Apellicon durch Sulla nach Rom gebracht und nach des Letzteren Tode durch Andronicus von Rhodus in einer Geſammtausgabe veröffentlicht worden waren [378]), werden durch ihre Berückſichtigung der Einrichtungen und Sitten der verſchiedenen Völker die Aufmerkſamkeit der Juriſten auf ſich gelenkt haben [378a]).

Wenn bereits dieſe Umſtände auf ein allgemeineres Studium der philoſophiſchen Schriften Seitens der röm. Juriſten ſchließen laſſen, ſo wird dieſe Wahrnehmung auch noch beſtätigt durch die Thatſache, daß bereits im Zeitalter der ausgehenden Republik eine nicht unbedeutende Anzahl von Rechtsgelehrten, ſei es als Anhänger von philoſophiſchen Schulen und namentlich der ſtoiſchen, ſei es als Zuhörer und Schüler von Philoſophen, ſei es als Freunde oder Bearbeiter der Philoſophie uns genannt werden. Hierher gehören, außer Cicero, M. Antonius [379]), und anderen gerichtlichen Rednern insbeſondere C. Laelius, ein Zuhörer des Diogenes und Panätius, ſowie L. Furius Philus [380]); ferner als Schüler des Panätius: P. Rutilius Rufus, Q. Aelius Tubero und Q. Mucius Scävola Augur [381]); ingleichen Sext. Pompejus [382]), M. Brutus [383]),

---

handlung der Sache machten jene Unterſuchungen für die Juriſten ganz geeignet, als Vorſtudium zu dienen, weniger freilich als Rathgeber bei den Reſponſa.

377) Ueber das πολιτεύεσθαι τὸν σοφόν ſ. Stob. Ecl. II, p. 184 sq. 228. u. Cic. de Fin. III, 20, 68. Vergl. ferner Senec. de otio sapient. c. 28. 30. Epist. XVI. Diogen. Laert. VII, 121.; endlich auch C. Musonius Rufus de optimo senectutis viatico bei Stob. Serm. 117, 8. Gaisf.

378) Stahr, Aristot. II. p. 122—134.

378a) Vergl. namentlich Cic. Top. 1.

379) Vergl. Stahr, Aristot. unt. d. Röm. p. 15—17.

380) Cic. de Fin. II, 8. de Orat. II, 37. Tusc. IV, 3. de Rep. III, 3.

381) Cic. de Off. III, 2. Brut. 30. 31. de Orat. I, 10. 17. 53. pr. Mur. 36. Acad. II, 44. de Fin. IV, 9. l. 2. §. 40. D. de O. J. 1, 2. Athen. Deipnosoph. VI, 31.

382) Cic. Brut. 47. Vergl. de Orat. I, 15. III, 21. de Off. I, 6. Phil. XII, 11.

383) Cic. Brut. 31, 118. Wegen ſeiner litterariſch-philoſophiſchen Thätigkeit ſ. Note 291a.

M. Cato [384]) und Serv. Sulpicius Rufus [385]), insgeſammt Stoiker; endlich Alfenus Varus, der ſich als Kenner der atomiſtiſchen Philoſophie erweiſt [386]). Wenn aber aus dem Zeitalter des Kaiſerreiches uns weiter keine Juriſten als Anhänger von Philoſophenſchulen genannt werden, ſo darf der Grund hierfür nicht darin geſucht werden, daß nunmehr das Studium der Philoſophie gänzlich erloſchen geweſen ſei, als vielmehr theils darin, daß für dieſe Zeit keine Quellen vorhanden ſind, welche, wie Cicero, jenen Thatſachen eine beſondere Aufmerkſamkeit zuwendeten, theils aber auch darin, daß in jenen früheren Zeiten das Studium der Philoſophie noch eine weniger allgemeine Beſchäftigung bildete, daher weit eher der Auszeichnung und Erwähnung werth ſcheinen konnte, als in den erſten Jahrhunderten der Kaiſerzeit, wo jenes Studium allen Juriſten von gelehrter Bildung gemein war [387]). Für letzteren Umſtand ſpricht aber namentlich auch die doppelte Wahrnehmung, daß wir theils einen Einfluß der Philoſophie auf einzelne Rechtslehren auch in dieſer Zeit wahrnehmen [388]), theils in den Schriften der Juriſten dieſer Periode mehrfältige Citate und Berufungen auf philoſophiſche Autoritäten vorfinden. Hierfür dienen als Belege nicht allein die in Note 374. bereits citirten Stellen, ſondern auch die Berufung auf Plato bei Callistratus, lib. 3. de cognit. (l. 2. D. de nund. 50, 11.), auf Xenophon bei Gajus lib. 1. ad leg. XII. Tab. (l. 233. §. 2. D. de V. S. 50, 17. und §. 5. J. de publ. jud. 4, 18.), auf Aristoteles bei Julianus lib. 1. ad Ursej. Feroc. (l. 36. D. de solut. 46, 3.) und

384) Cic. Brut. 31, 118. 119. Orat. 10. de Divin. II, 1.

385) Cic. Brut. 41. Acad. II, 25.

386) Lib. 6. Digest. (l. 76 D. de judic. 5, 1.)

387) Dieſe Argumente entlehne ich aus Mescher van Vollenhoven, l. c. p. 42. Beizufügen iſt, daß Plin. Epist. I, 10. die Jurisprudenz für einen Theil der Philoſophie erklärt: Esse hanc philosophiae, et quidem pulcherrimam partem, agere negotium publicum, cognoscere, judicare, promere et coërcere justitiam; quaeque ipsi doceant, in usu habere. In gleichem Sinne ſtellt Ulpian, lib. 1. Inst. (l. 1. §. 1 D. de J. et J. 1, 1.) die Jurisprudenz als die vera philosophia, d. i. als die practiſche Philoſophie, der theoretiſchen als der simulata gegenüber.

388) Vergl. §. 50.

auf Theophrast bei Pomponius lib. 25. ad Sabin. (l. 5. D. de leg. I, 3.), ſowie bei Paulus lib. 17. ad Plaut. (l. 3. D. si pars heredit. 5, 4. und l. 6. D. de leg. 1, 3.); auf Chrysippus bei Marcian lib. 1. Inst. (l. 2. D. de leg. 1, 3), auf Pythagoras bei Paul. Sent. rec. IV, 9, 5.; auf die Graeci im Allgemeinen bei Ulp. lib. 1. Inst. (l. 6. §. 1. D. de J. et J. 1, 1. und §. 3. I. de j. n. 1, 2. vergl. auch §. 10. J. eod.), endlich auf Cicero bei Celsus lib. 25. Dig. (l. 96. D. de V. S. 50, 16), bei Tryphoninus lib. 10. Disput. (l. 39. D. de poen. 48, 19.), bei Ulpian. lib. 59 ad Edict. (l. 7. §. 4. D. quib. ex caus. in poss. 42, 4.) u. ö.

Alle dieſe Momente laſſen den Einfluß der Philoſophie auf die Fortbildung und Behandlung des Rechtes, wie der Rechtswiſſenſchaft unzweifelhaft erſcheinen, daher es in dieſer Beziehung lediglich nur noch darum ſich handeln kann, die Art dieſes Einfluſſes und ſeine einzelnen Kundgebungen in's Auge zu faſſen.

§. 50.

Fortſetzung.

(Einfluß der Philoſophie auf die röm. Jurisprudenz.)

Wenn wir zunächſt den Einfluß der Philoſophie auf röm. Rechtsbildung und Rechtswiſſenſchaft im Allgemeinen und abgeſehen von einzelnen Rechtslehren in's Auge faſſen, ſo müſſen wir gerade hierauf das meiſte Gewicht legen und eine derartige Einwirkung als die folgenreichſte und wichtigſte bezeichnen; denn von mehr untergeordnetem und beſchränkterem Intereſſe erſcheint es, wenn einzelne Juriſten in einzelnen Punkten den Anſichten der Philoſophen ſich anſchloſſen, wenn ſie einzelne Definitionen der Letzteren, einzelne Sentenzen derſelben, wenn ſie detaillirende Entſcheidungen und Urtheile, ſpeciellere Lehren und Grundſätze ſich aneigneten und in ihren Schriften niederlegten. Wohl aber gewinnt es für die Beurtheilung der Entwickelung des römiſchen Rechtes eine weſentliche und univerſelle Bedeutung, wenn wir der Philoſophie einen zwar weniger in die Augen ſpringenden, aber tiefgehenden und weitgreifenden Einfluß auf die Grundzüge der geſammten Rechtsbildung und Rechtsbehandlung überweiſen dürfen. Wie bald jedoch immerhin in dieſer Beziehung die Anſchauung ſich geltend macht, daß bei dem vorausgeſetzten Einfluß der Philoſophie auf römiſche

Wiſſenſchaft und Leben im Allgemeinen dieſelbe auch die Jurisprudenz zur ſpeculativen Erforſchung des Weſens des Rechtes und zur abſtrahirenden Anſchauung der Rechtsinſtitute emporgehoben und zu geiſtig freierem Blicke in der Auffaſſung und Beurtheilung aller rechtlichen Beziehungen influirt habe, ſo fällt es dennoch ſchwer, dieſen allgemeinen Einfluß in ſeinen einzelnen Kundgebungen darzulegen, weil nur eine Vergleichung des geſammten Rechtsſyſtemes und des Zuſtandes der Rechtswiſſenſchaft in dem Zeitalter bis Cicero mit den entſprechenden Verhältniſſen in den erſten Jahrhunderten der Kaiſerzeit hierfür die genügenden Unterlagen bieten kann, unſere Wiſſenſchaft der röm. Rechtsgeſchichte aber dieſe Unterlagen uns gar nicht oder nur höchſt dürftig bietet. Dennoch glauben wir in einigen Punkten jenen Einfluß nachweiſen zu können, ohne auf eine von unſerem Ziele allzuweit abführende Unterſuchung uns einlaſſen zu müſſen.

Das Moment, welches zunächſt vor die Augen tritt, weil das Zuſammentreffen der Reform in der Jurisprudenz mit dem Zeitpunkte des Eindringens der Philoſophie ein äußerliches genannt werden kann, bietet der Aufſchwung, den die wiſſenſchaftliche Behandlung des Rechtes dadurch erhält, daß dieſelbe von ihrer anfänglichen Methode eines interpretativen und exegetiſchen Verfahrens zu der höheren Phaſe der ſyſtematiſchen Methode ſich erhob. Dieſer Fortſchritt ſteht, wie bemerkt, in einem äußeren Connexe mit dem Eindringen der Philoſophie auf römiſchen Boden, inſofern als nicht nur der Zeitpunkt beider Veränderungen, ſondern auch die Perſonen, an welche jene Neuerungen ſich anlehnen, beide Mal die nämlichen ſind. Q. Mucius, Servius Sulpicius und Cicero ſind es, denen wir das Hauptverdienſt für die erſte Begründung einer ſyſtematiſchen Methode in der Rechtswiſſenſchaft beizumeſſen haben [389]), und ſie wiederum

389) Wegen Q. Mucius ſ. Pomponius lib. sing. Enchir. (l. 62 §. 41. D. de O. l. 1, 2.): Q. Mucius P. F., P. M. jus civile primus constituit, generatim in libros XVIII. redigendo. Wegen Servius ſ. Cic. Brut. 41: Sic enim — — existimo, juris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse; artem in hoc uno: quod nunquam effecisset ipsius juris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explicare interpretando, ambigua primum videre, deinde dis-

ſind es, deren Namen im Kreiſe der älteſten Verehrer der Philoſophie glänzen. Dieſes Zuſammentreffen beider Thatſachen in den nämlichen Perſonen kann um ſo weniger als rein zufälliges und äußerliches aufgefaßt werden, als Cicero ſelbſt Brut. 41. (ſ. Note 389) den Cauſalnexus zwiſchen der Cultur der Philoſophie und jenem Aufſchwunge der Methodik anerkennt und mit vollem Nachdrucke hervorhebt. Denn gerade die Philoſophie (in ihrem antiken Umfange) iſt es, ſagt Cicero, welche unſeren Geiſt zur Abſtraction hinleitet und uns befähigt, mit unſerem geiſtigen Auge eine Wiſſenſchaft in der Weiſe als einheitliches Ganze zu erfaſſen und zu überſchauen, daß wir innerhalb der bunten Mannichfaltigkeit, welche in der Totalität umſchloſſen liegt, einen leitenden Geſichtspunkt aufzufinden vermögen, von welchem, als dem Centrum aus, wir in Radien gleichen Strahlen die einzelnen Theile des Kreiſes zum Syſteme zu conſtruiren befähigt ſind.

Neben dieſem in einer mehr äußerlichen Beziehung ſich kundgebenden Einfluſſe der Philoſophie auf die Jurisprudenz tritt uns jedoch als ein weit gewichtvollerer Moment die Einwirkung entgegen, welche die Philoſophie in einer Umgeſtaltung des Rechtes, wie der Rechtslehre bekundete und die theils darauf beruhte, daß die römiſche Jurisprudenz einzelne Lehren der Philoſophie ohne Weiteres adoptirte, theils darauf, daß die Letztere den Geſichtskreis der Erſteren erweiterte, in eine höhere Sphäre verlegte und ſo als befruchtende Kraft neue Ideen erzeugte und zu neuen Speculationen anregte.

Zunächſt jene Aufnahme philoſophiſcher Lehren in die römiſche Jurisprudenz betreffend, ſo können wir als beiſpielsweiſe Hindeutungen anführen, daß die römiſchen Juriſten ſelbſt bekennen, die Eintheilung des Rechtes in ein jus scriptum und non scriptum der Eintheilung der griechiſchen Philoſophie in

---

tinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae, quibus propositis essent, quaeque non essent consequentia. Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea, quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur; Vergl. c. 42. de Orat. I, 42. 43. Endlich Cicero gehört hierher durch die Schrift de jure civile in artem redigendo, deren Tendenz nach dem Titel nicht zweifelhaft ſein kann.

νόμοι οἱ ἔγγραφοι und οἱ ἄγραφοι entnommen zu haben [390]); daß ferner die tria praecepta juris unzweifelhaft aus den durch die Philoſophie gebotenen Formeln zuſammengeſtellt ſind [391]); daß ſodann die Definitionen der Stoiker von der σοφία und des Cicero und Seneca von der sapientia auf die jurisprudentia übertragen, die Definition von der justitia aber der δικαιοσύνη der Stoiker nachgebildet wurde [392]); daß endlich die Altersbeſtimmungen der infantia und pubertas, ſowie der Schwangerſchaftsperiode von 7—10 Monaten in Verbindung ſtehen mit der alten pythagoräiſchen Lehre von der Bedeutung der ἑβδομάς oder ἑπτάς [393]).

Alle dieſe Momente, deren erſchöpfende Darſtellung ganz außerhalb des Gebietes unſerer Erörterung liegt, treten indeß in den Hintergrund zurück gegenüber jener Thatſache: der Reception der Lehre vom jus naturale ſelbſt in die römiſche Jurisprudenz. Denn wer nur mit annäherungsweiſe unbefangenen Blicken die Stellung der römiſchen Jurisprudenz zur Philoſophie in's Auge faßt, dem wird die Wahrheit offenkundig ſcheinen, daß die erſte maaßgebende und anregende Idee des jus naturale aus der Philoſophie von der Jurisprudenz entlehnt ward, und daß ſomit die Letztere in der That von der Erſteren inſpirirt wurde und lediglich eine von der Philoſophie ihr überlieferte Vorſtellung, obwohl in ihrer eigenen Weiſe verarbeitete.

Dieſen derivativen Character des leitenden Gedankens der Lehre ſtatuiren wir aber nicht allein hinſichtlich des den Menſchen ausſchließlich eigenen jus naturale, wo Cicero's Philoſophie eine unmittelbare und offenkundige Verbindung zwiſchen der griechiſchen Philoſophie und der römiſchen Jurisprudenz vermittelt, ſondern wir erkennen jene Geneſis ſelbſt hinſichtlich der Idee eines allen lebenden Weſen gemeinſamen jus naturale an, indem auch hier der ausgedehntere Zeitraum und die größere Entfernung in den intellectuellen Beziehungen, welche die Träger jener Lehre in

---

390) Ulpian lib. 1 Inst. (l. 6 §. 1. D. de l. et l. 1, 1. und §. 3. I. de I. N. 1, 2.); denn unter den Graeci, die hier genannt ſind, können in der That nur Philoſophen verſtanden ſein; Vergl. §. 34.

391) Vergl §. 93.

392) Vergl. §. 27 und 28.

393) Vergl. Heidelberger Jahrb. 1815. p. 669 sq., wozu Paul. sent. rec. IV, 9, 5. und Schulting, ad h. l.

der Philoſophie und Jurisprudenz einander fremder erſcheinen läßt, verringert wird durch mannichfache Mittelsperſonen, welche jene leitende Idee von Geſchlecht zu Geſchlecht fortpflanzten und vermittelten. Denn beobachten wir das Schickſal jener Idee des Pythagoras, der als Conſequenz ſeiner Lehren von der Seelenwanderung und der generiſchen Identität der Menſchen- und Thierſeele jenes Dogma von dem allen lebenden Geſchöpfen gemeinſamen Rechte zuerſt in den Ideenkreis der griechiſchen Philoſophie hineintrug und hier in eine innere Verbindung ſetzte mit der Vorſchrift einer liebevollen Behandlung der Thiere, wie mit dem Verbote des Schlachtens und Eſſens derſelben, ſo ſehen wir, wie dieſe Vorſtellungen, von hier ihren Ausgang nehmend, fortan das geſammte claſſiſche Alterthum durch den Gegenſatz ihrer Vertretung und Verwerfung bewegten: Von den Pythagoräern entlehnt zunächſt Empedocles die Lehre von der Rechtsgemeinſchaft [394]), während gleichzeitig auch der Atomiſtiker Democrit den pythagoräiſchen Standpunkt einnimmt in der Lehre, daß die Unrecht handelnden Thiere getödtet werden dürften, und zu tödten ſeien [395]). Zur ſelbigen Zeit aber tritt Socrates auch den Pythagoräern entgegen, indem er den Satz aufſtellt, daß die Thiere um der Menſchen willen, zu deren Genuß und Benutzung geſchaffen ſeien [396]). Dieſen Widerſpruch theilt Diogenes der Cyniker, indem er den Genuß des Fleiſches für erlaubt erklärt [397]), während Ariſtoteles in gleichem Maaße die Lehre von der Rechtsgemeinſchaft mit den Thieren verwirft [398]), und auch die Stoiker lehren, daß die Thiere um der Menſchen willen und zu deren Genuß und Gebrauch beſtimmt ſeien, und dem entſprechend jede Rechtsgemeinſchaft zwiſchen Beiden ausdrücklich in Abrede ſtellen [399]).

---

394) Vergl. §. 19.

395) Stob. Serm. 44, 16. 17. 18. Gaisf.

396) Xen. Mem. IV, 3, 10. sq.

397) Diogen. Laert. VI. §. 73.

398) Eth. Nic. VIII, 11, 6. Vergl. auch Hist. animal. I, 1. ex. IX, 7. de Part. anim. II, 10. IV, 10. Wegen Epicur vergl. §. 26 Note 191.

399) Vergl. §. 28 Note 217 und Cic. de Off. I, 7, 22. de N. D. I, 2, 4; ferner Chryſippus bei Cic. de N. D. II, 14, 37. 64, 160. Porphyrius, de abstin. III, 20. p. 259. sq. Rhoer.

Unter den Römern trat Cicero den Anſichten der Stoiker bei [400]), während andere Schriftſteller die von den Pythagoräern ausgegangenen gegentheiligen Dogmen vertraten [401]), ja theilweis auch auf eigene Gründe ſtützten [402]), wogegen Spätere wiederum dieſe Lehren bekämpften [403]).

So finden wir die Lehre des Pythagoras von einem zwiſchen Menſch und Thier gemeinem Rechte durch jenen Widerſtreit der Anſichten verewigt: wir erblicken jene Lehre theils durch die Vertretung, theils durch die Bekämpfung derſelben der griechiſchen Philoſophie zu ſteter Erinnerung aufgefriſcht; wir ſehen, wie von hier aus der Kampf auf das Gebiet römiſcher Wiſſenſchaft ſich zieht und auch hier jene Dogmen, ſei es an ſich, ſei es in den in innerem Zuſammenhange mit ihnen ſtehenden Lehren, Vertreter, wie Widerſacher finden. Wenn wir daher inmitten dieſes Kampfes jene Lehre von der Gemeinſchaft eines Rechtes zwiſchen Menſchen und Thieren von Einzelnen der röm. Juriſten vertreten finden, ſo können wir zwar nicht die Geneſis dieſes Gedankens bis rückwärts zu der erſten verwandten Ideenregung im Hirne jener Juriſten verfolgen: wir vermögen nicht zu ſagen, welche Ideenverbindung dieſes Dogma bei den Letzteren hervorrief; allein die Behauptung erſcheint gerechtfertigt, daß wir den römiſchen Juriſten Bekanntſchaft mit jener Lehre des Pythagoras beimeſſen dürfen, und daß wir ſonach dieſen Dogmen einen, ſei es mittelbaren, ſei es unmittelbaren Einfluß auf dieſe juriſtiſche Doctrin zuzuerkennen haben, ja daß wir den erſten Keim und Ausgang dieſer Lehre, die leitende Idee und den befruchtenden Grundgedanken derſelben in den Philoſophemen des Pythagoras zu ſuchen und zu finden berechtigt ſind.

---

400) de N. D. II, 62. sq. Tusc. I, 28, 69. de Leg. I, 8, 25. wozu vergl. Cic. de Off. I, 4. 16. 30.

401) Vergl. §. 19 Note 85 und §. 47. ex.

402) So z. B. der Neuplatoniker Q. Sextius bei Senec. Epist. 108.

403) So Porphyr. de abstin. namentlich III, 1. 2. Rhoer. Plut. de esu carn. namentlich II, 3. sq. ſowie bei Porphyr. de abstin. III, 19.

§. 51.

Fortſetzung.

(Einfluß der Philoſophie auf die römiſche Jurisprudenz).

Eine noch höhere Bedeutung meſſen wir indeß dem Einfluſſe der Philoſophie auf die Jurisprudenz darin bei, daß jene, und auch hier wiederum vornämlich durch die Lehre vom jus naturale, neue fruchtbringende Ideen in die Rechtswiſſenſchaft hineintrug und zu höherer ſelbſtſtändiger Speculation über die letzten Principien des Rechtes, wie zur Forſchung über das Weſen und die Materie deſſelben anregte. Denn vor Allem dieſe Thatſache iſt es, welche in Wahrheit eine neue Periode in der Rechtswiſſenſchaft Rom's begründete und einen Aufſchwung vermittelte, der das römiſche Recht ſeiner letzten Vollendung entgegenführte.

Vornämlich eine fünffache Richtung aber iſt es, nach welcher jene Speculation über die letzten Gründe des Rechtes ſich bewegte, bedingt nämlich durch die fünffältige Frage nach der Weſenbeſtimmung, der letzten Quelle, nach dem letzten Grunde der bindenden Kraft des Rechtes, wie nach deſſen oberſten leitenden Principien und nach ſeinem Rechtsſubjecte. Von dieſen fünf Punkten fanden wir die erſten beiden und den letzten bereits von der Philoſophie Griechenlands und Cicero's angeregt (vergl. §. 30. und §. 40.), wenn gleich nicht insgeſammt mit der nämlichen Aufmerkſamkeit behandelt; dagegen die Fragen nach den allgemeinſten Principien, wie nach dem letzten Grunde der bindenden Kraft des Rechtes waren zwar ebenfalls der Philoſophie nicht unbekannt, doch aber ſtanden dieſelben in ſo vollſtändiger und unmittelbarer Abhängigkeit von den übrigen Problemen, daß ihnen eine ſelbſtſtändige Erforſchung nicht zu Theil wurde.

Das erſte nun jener fünf Probleme der römiſchen Jurisprudenz fällt zwar nicht unmittelbar in das Gebiet des für uns maaßgebenden Stoffes hinein, allein da wir der beſſeren Orientirung wegen deſſen Behandlung in Betracht ziehen werden, ſo wird ſich hierbei auch der von uns behauptete Einfluß der Philoſophie ergeben.

Dagegen die Speculation der röm. Juriſten über die letzte Quelle des Rechtes bildet den einen der unſere künftige Erör-

terung bestimmenden Factoren und das hierbei zu gewinnende Resultat wird lehren, wie selbst ein unmittelbarer Einfluß der Philosophie auf die Lehrsätze der Jurisprudenz sich nicht verkennen läßt. Die Lösung dieses Problemes leitet insbesondere zu der Unterscheidung eines jus civile und jus naturale hin, die, obwohl der Philosophie entlehnt und nachgebildet, doch gleichzeitig auch in selbstständiger Weise geführt wird. So nun entstammt aus der Philosophie, aber vielseitig in ureigener Weise durchgeführt, gewinnt sodann diese Speculation eine doppelte Bedeutung: einmal an sich und durch den Gang, den sie einschlägt, wie durch das Resultat, welches sie gewinnt; sodann aber auch dadurch, daß sie die Sphären der übrigen drei Probleme durchschneidet und, diese selbst afficirend und theilweis bestimmend, ihr eigenes Resultat mit dem der letzteren verbindet.

Die Speculation über den letzten Grund der Herrschaft des Gesetzes geht aus von dem historisch gegebenen Gegensatze des jus civile und jus gentium, und indem sie bei der sich aufdrängenden Reflexion von Stufe zu Stufe bis zu dem höchsten und letzten Grunde emordringt, und hier in den Voraussetzungen des jus civile und jus naturale die Lösung ihrer Frage findet, so tritt sie nun in diesem Stadium auf das Gebiet des obigen zweiten Problemes über, von wo aus sie endlich zu einem Rückschluß auf die Identität von jus gentium und jus naturale, wie von jenem heterogenen zwiefältigen jus civile sich verleiten läßt.

Sodann die Speculation über die generellsten absoluten Principien des Rechtes gelangt zur Annahme eines doppelten Principes: der aequitas und der utilitas, welche zugleich mit einer stricta ratio sich verbindet. Auch hier nun wird das aequum et bonum mit dem jus naturale, das strictum jus mit dem jus civile gleichgestellt, und hiermit ebenfalls die Verbindung der Sphäre dieses Problemes mit dem jenes zweiten über die Quelle des Rechtes vermittelt.

Endlich das fünfte Problem über das Rechtssubject findet seinen Schwerpunkt ebenfalls in den bereits gewonnenen Begriffen von jus civile und jus naturale, wie beziehentlich von jus gentium.

Alle diese Probleme treten nun zwar keineswegs bei allen Juristen, noch auch in der gleichen Maaße zu Tage. Allein wie

immer dieſe Kundgebungen beſchaffen ſein mögen, ſo iſt es doch allenthalben die Philoſophie, welche in letzter Inſtanz als anregende Kraft und als Quelle der erſten fruchtbringenden Idee anzuerkennen iſt, wie als das läuternde Element, welches, indem es den Blick über die Gränze rein nationaler Rechtsbildung in das Gebiet des abſtracten Rechtsſtoffes ſich zu erheben geſtattete, dem Urtheil eine Selbſtſtändigkeit und der Reflexion eine Freiheit verlieh, die befähigte, der höchſten und abſoluten Rechtswahrheit ſich anzunähern.

Dieſes Uebertreten des Blickes in den freien Raum der denkbaren Rechtsmaterie offenbart ſich mit der gegenwärtigen Periode insbeſondere auch in der Auffaſſung der gegebenen Rechtsbegriffe und Inſtitute, indem nunmehr diejenigen derſelben, welche einen annäherungsweiſe national-univerſellen Character an ſich tragen, frei und unabhängig von ihren beſonderen Erſcheinungsformen bei den verſchiedenen Völkern gedacht und in ihren weſentlichen Elementen begrifflich conſtruirt, ſomit aber von einem wahrhaft philoſophiſchen Standpunkte aus in's Auge gefaßt werden. Hierin aber liegt, ſelbſt wenn wir der vorhergehenden Periode die Benutzung der comparativen Jurisprudenz nicht ſchlechthin abzuſprechen haben, dennoch ein weſentlicher Fortſchritt, der darin beſteht, daß gegenwärtig die Rechtswiſſenſchaft ebenſowohl in einer ihres Zieles ſich wohlbewußten Weiſe ſtrebt, das allgemeine Element in den poſitiven Rechten der Völker aufzuſuchen und hervorzuheben, wie auch vornämlich auf den durch den Verſtand gebotenen Werthmeſſer die Beſtimmung des allgemeinen Weſens von Rechtsbegriffen und Inſtituten ſtützt. Daher tritt zugleich neben den rein-objectiven und mehr beſchränkten Maaßſtab, welcher durch die empiriſche Erkenntniß der comparativen Jurisprudenz gewonnen wird, als höhere beſtimmende Norm das ſubjective und frei bewegliche Criterium, welches die reflectirende Vernunft und der denkende Verſtand jedem Gebildeten als frei geiſtiges Eigen bietet. Auf dieſem Wege der ſpeculativen Forſchung gelangen daher die römiſchen Juriſten mitunter zu dem Reſultate, daß ſie Begriffe feſtſtellen, welche zunächſt nur in dieſem Gebiete philoſophiſcher Reflexion, in Wahrheit aber weder im römiſchen Rechte, noch auch vielleicht in irgend welchem poſitiven Rechte jener Zeit als wirkliche gegeben waren.

Für dieſen Umſchwung in der Auffaſſungsweiſe der röm. Rechtswiſſenſchaft einen vollen Beweis zu liefern, ſind wir zwar bei der Beſchaffenheit unſerer Quellen durch den Mangel der genügenden Anhaltepunkte außer Stand geſetzt, allein dennoch verräth ſich jener Entwickelungsgang aus einzelnen Momenten. Namentlich ſind es nicht allein einzelne Sentenzen, in denen wir das freie Walten philoſophiſcher Speculation erblicken [404]), ſondern auch die uns überlieferten Definitionen der röm. Juriſten, in welchen wir jenen mehrfachen Geſichtspunkt angedeutet finden.

Der von Alters her überlieferte ſpecifiſch römiſche Standpunkt giebt ſich hierbei in der doppelten Richtung kund, daß man theils Rechtsbegriffe und Inſtitute, denen eine über die nationale Geſtaltung und Auffaſſung hinausreichende, univerſelle Bedeutung beiwohnt, dennoch lediglich in ihrer Stellung und Beziehung zum römiſchen Rechte in's Auge faßt; ſo in der Definition von jus publicum, als jus quod ad statum rei romanae spectat [405]), in der Definition des Servius Sulpicius von tutela als vis et potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa [406]), ferner von obligatio als juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura [407]), von connubium, als uxoris jure (i. e. civili Romanorum) ducendae facultas [408]) u. a. m. Anderntheils giebt ſich jener Gedankengang auch darin kund, daß man Rechtsinſtitute, welche lediglich und ausſchließlich dem römiſchen Rechte bekannt waren, dennoch in der Weiſe definirt, daß man in der Definition ſelbſt alle Andeutung an dieſe nationale Beſonderheit des Inſtitutes unterließ, wobei dann in eben der Weiſe ein ſpecifiſch römiſcher Geſichtspunkt eingenommen und vorausgeſetzt

404) Hierher gehört z. B. der Ausſpruch des Marcian in lib. 1. Inst. (§. 2. I. de J. N. 1, 2. vergl. Beilage V.) ſowie des Ulp. in lib. 1. Inst. (1. 4. D. de J. et J. 1, 1.): jure naturali omnes liberi nascuntur, der im Gegenſatze ſteht zu der Lehre, daß der Sclave durch ſeine Geburt keine capitis deminutio erleide, u. a. m.

405) Ueberliefert von Ulpian lib. 1. Inst. (l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.).

406) Ueberliefert von Paulus lib. 38. ad Edict. (l. 1. pr. D. de tutel. 26, 1.).

407) Ueberliefert in pr. J. de Obl. 3, 13.

408) Ueberliefert von Ulpian fr. V, 3.

wird, wie bei dem Sprachgebrauche hinſichtlich des Ausdruckes jus civile, rückſichtlich deſſen Marcian lib. 1. Inst. (§. 2, I. de J. N. 1, 2. Vergl. Beilage V) bemerkt: quoties non addimus, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus. Beiſpiele hierfür bieten die Definitionen von capitis deminutio als status permutatio, und von deren einzelnen Unterarten als capitis deminutio, per quam et civitas et libertas amittitur, und per quam sola civitate amissa, libertas retinetur, und per quam et civitate et libertate salva, status dumtaxat hominis mutatur [409]); ferner die Definitionen von usucapio als adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti [410]) und von bonorum possessio als jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque, cum moritur, fuit [411]), u. a. m..

Dagegen den Standpunkt rein philoſophiſcher Abſtraction und Speculation bekunden nicht allein die Definitionen von allgemeinen Rechtsbegriffen, wie von jus, justitia, jurisprudentia, jus singulare, jus consuetudinis, mores, und dergl., ſondern man trug denſelben auch auf Rechtsinſtitute über, denen bezüglich der Requiſite ihrer Form oder ihrer Subjecte, oder in irgend welcher anderen Beziehung ein rein nationaler Character durch das poſitive Recht unlösbar eingeimpft war. Hierher gehört unter Anderem die Ehe, welche lediglich zwiſchen den des römiſchen connubium Theilhaften als eine nach römiſchem Recht beſtehende Verbindung von Alters her feſtgeſtellt und überliefert war. Indem man jedoch von jenem Standpunkte der philoſophiſchen Abſtraction ausgehend, dieſelbe als conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio [412]) definirte, ſo gelangte man hiermit zu einer Begriffsbeſtimmung, welche, von viel weiterem Umfange als der geſetzlich gegebene Begriff, ein Inſtitut hinſtellte, wie es überhaupt in keiner Legislation des Alterthumes ſich vorgefunden haben dürfte, und

---

409) Ueberliefert von Gaj. lib. 4. ad Edict. prov. (l. 1. D. de cap. min. 4, 5.), Paul. Sent. I, 7, 2. Ulp. fr. XI, 11—13.

410) Bei Modestin lib. 5. Pandect. (l. 3. D. de usurp. 41, 3).

411) Ulpian lib. 39. ad Edict. (l. 3. §. 2. D. de B. P. 37, 1).

412) So Modestin lib. 1. Regul. (l. 1. D. de R. N. 23, 2.); ähnlich §. 17. J. de Nupt. 1, 10.

welches ſonach in dieſer Allgemeinheit des Begriffes, in dieſer Weſenbeſtimmung durch rein innere und ſachliche Merkmale ohne alles geſetzliche Fundament lediglich innerhalb dieſer Abſtraction exiſtirte. Dennoch wirkte aber dieſe Begriffsbeſtimmung wiederum auf die Rechtsanſchauung inſofern zurück, als dieſe allmählig ſich daran gewöhnte, jenen abſtracten Begriff auf das practiſche Leben überzutragen, und ſo ein Rechtsinſtitut conſtruirte, welches in dieſer ſeiner Geſtaltung dem jus civile völlig unbekannt, aber auch dem jus gentium von Vorn herein fremd und urſprünglich lediglich auf jenen idealen Begriff ſich ſtützend, dennoch als Rechtsinſtitut dem practiſchen Leben zugeſtanden und ſchließlich, wie es ſcheint, dem jus gentium überwieſen wurde.

Dieſer Entwickelungsgang der römiſchen Rechtsbildung, den wir auch bezüglich anderer Rechtsinſtitute wahrzunehmen vermögen, hat in nothwendiger Folge die von Alters her überlieferte conſequente Conſtruction der Rechtsinſtitute erſchüttert und namentlich in den hiſtoriſch gegebenen Gegenſatz von jus civile und jus gentium manche Verwirrung und Unklarheit hineingetragen, welche nur auf Koſten der richtigen Erkenntniß jenes Gegenſatzes von den Neueren als ein conſequentes Ergebniß aus dem Weſen jener Gegenſätze ſelbſt aufgefaßt und dargeſtellt worden iſt[413]).

Gerade dieſe Erſcheinung aber, deren volle Wichtigkeit für die Entwickelung des jus gentium wir in Thl. II. darlegen, wie näher begründen werden, beweiſt zugleich, wie intenſiv und attractiv die Philoſophie durch die Vermittelung der Rechtswiſſenſchaft auf die Rechtsbildung ſelbſt einwirkte.

413) So z. B. Savigny Syſtem Bd. I. p. 111. 112. und §. 69. Note e.

Zweites Capitel.

Jus naturale.

§. 52.

Jus naturale im Allgemeinen.

Aus dem bunten und faſt verworrenen Hintergrunde, den in der Doctrin vom jus naturale die Dogmen der griechiſchen, wie römiſchen Philoſophie bilden, tritt uns entgegen die Lehre der römiſchen Jurisprudenz, ein weniger reich und ſchwunghaft ausgeſtattetes, aber mit ſicheren und kräftigeren Zügen gezeichnetes Bild.

In ununterbrochener Aufeinanderfolge ſchließt ſich dieſe Lehre der röm. Juriſten an das jus naturale der vorausgegangenen Zeiten an, und während am Ausgange der röm. Republik vornämlich Cicero als Träger jener Lehre auf ächt röm. Boden erſcheint, ſo begegnen wir bereits an der Pforte des Kaiſerreiches einem Labeo[414]), Sabinus und Caſſius[415]), einem Javolenus[416]), wie Neratius[417]), vertraut mit jener Doctrin. Cicero ſelbſt erſcheint hierbei als Mittelsperſon, welche die Tradition vom φύσει δίκαιον der griechiſchen Philoſophie an die römiſche Jurisprudenz überliefert, und er bezeichnet zugleich in zeitlicher Beziehung den Mittelpunkt der Linie, welche jene Lehre im Alterthum durchlief von den wiſſenſchaftlich philoſophiſchen Regungen des griechiſchen Geiſtes abwärts bis zu dem Verſinken der Menſchheit in geiſtige Schwäche während der Herrſchaft der byzantiniſchen Kaiſer.

Allein auch in ſachlicher Beziehung nimmt Cicero eine ver-

414) Bei Ulpianus lib. 37. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. si is qui testam. 47, 4.)

415) Bei Gajus lib. 2. Aureor. (l. 7. §. 7. D. de acqu. dom. 41, 1.)

416) Lib. 2. ex Poster. Labeonis (l. 40. §. 3. D. de condit. 35, 1.)

417) Lib. 6. Membran. (l. 41. D. de cond. ind. 12, 6.)

mittelnde Stellung ein zwiſchen der Behandlung jener Lehre von Seiten der griechiſchen Philoſophie einestheils und der römiſchen Jurisprudenz andrerſeits. Denn mit der Apprehenſion dieſes Stoffes Seitens der römiſchen Jurisprudenz beginnt eine neue Phaſe in der Geſchichte des jus naturale. Ueberblicken wir nämlich das Schickſal dieſer Lehre von ihrer Entſtehung an bis herab zu dem Zeitpunkte, wo das gewonnene Reſultat in unwandelbarer Form für das Alterthum ſich abſchloß, und die ſich entfaltende Wahrheit in ihrem Vervollkommnungsproceſſe erſtarrte, ſo unterſcheiden wir eine doppelte Richtung, nach welcher hin das jus naturale erforſcht und cultivirt ward: die ſpeculative, wie theoretiſche, und die empiriſche, wie practiſche Behandlung deſſelben. Die erſtere Richtung wendet ſich aufwärts nach dem Gebiete der Abſtraction: ſie erforſcht in einer rein oder überwiegend ſpeculativen Weiſe den Begriff ſelbſt des jus naturale, wie deſſen Urſprung und höchſte Vorausſetzung, während der Inhalt dieſes Rechtes gleich als minder beachtlicher Moment in den Hintergrund zurücktritt. Dieſe Richtung vornämlich vertreten die griechiſchen Philoſophen, und wenn auch einem Theile derſelben, und namentlich den Stoikern der ſpäteren Zeit, wie einem Chryſippus und Panaetius, die Beziehung ihrer Lehre auf das practiſche Leben nicht fern lag, ſo tritt doch dieſer letztere Theil ihrer Beſtrebungen in den Hintergrund gegenüber der Thätigkeit, die von jenen der ſpeculativen Begründung ihrer Doctrin gewidmet ward.

Ein größeres Gewicht dagegen gewinnt die Behandlung des Inhaltes des jus naturale bei Cicero, indem namentlich die Bücher de Officiis und vor Allem die Schrift de Legibus der Darlegung deſſelben, ja, was die letztere betrifft, ſogar der Aufſtellung eines naturrechtlichen Geſetzbuches gewidmet iſt. Indem nun hierdurch ein höherer Grad der Verwandtſchaft in den Beſtrebungen Cicero's und der römiſchen Juriſten begründet wird, ſo ergiebt ſich andrerſeits zugleich auch eine Gleichartigkeit in dem Standpunkte des Erſteren mit der griechiſchen Rechtsphiloſophie daraus, daß jener, wie die Letztere die Erforſchung des Begriffes von jus naturale und der damit verknüpften Beziehungen als den Ausgang und Schwerpunkt aller Forſchung über daſſelbe anerkannte.

Dagegen die Forſchung des Inhaltes des jus naturale tritt als maaßgebend in den Vordergrund bei den römiſchen Juriſten, indem dieſe, wenn gleich ihnen die Erörterung des Begriffes ſelbſt nicht fremd war, ſo doch ihr Hauptaugenmerk darauf richten, die Satzungen des jus naturale darzulegen und dieſes, ſei es als verwirklichtes im poſitiven Rechte nachzuweiſen, ſei es als nicht verwirklichtes zu verkünden. In dieſer Weiſe entwickeln die Juriſten in einer für das tägliche Leben wohl verſtändlichen und geeigneten Weiſe den Inhalt jenes Rechtes in ſeinen einzelnen Poſtulaten, und bringen daſſelbe zur concreten Anſchauung, ſolches ſelbſt bis auf Detailfragen herab verfolgend.

So haben die römiſchen Juriſten ihre Beſtrebungen für die ſpeculative Begründung des jus naturale, im Vergleich namentlich mit den weitgreifenden Forſchungen der Philoſophie, nur auf einen geringen Raum beſchränkt; allein für die fruchtbringende Anwendung und die nutzreiche Verwirklichung jenes Rechtes hat der Einzelne der Juriſten wohl ein größeres Verdienſt ſich erworben, als Cicero und die geſammte griechiſche Philoſophie. Zwar dürfen wir, was den erſteren Punkt betrifft, auch der römiſchen Jurisprudenz durchaus nicht alle Selbſtſtändigkeit und eigene Thätigkeit abſprechen, indem auch jene in ihrer ſpeculativen Begründung des jus naturale ihren eigenen Gang nahm; wohl aber hat den römiſchen Juriſten, ſoweit unſer Urtheil reicht, im Allgemeinen die Originalität der ſpeculativen Forſchung gemangelt, indem dieſelben ſich im Weſentlichen begnügten, den von der Philoſophie überlieferten Grundgedanken weiter zu verarbeiten. Hierbei aber tritt zugleich innerhalb dieſer Lehre eine Meinungsverſchiedenheit zu Tage, deren letzten Grund wir in einem entſprechenden Zwieſpalte der griechiſchen Philoſophie ſelbſt zu ſuchen haben. Gleichwie nämlich in der Doctrin vom δίκαιον ein Auseinandergehen der Anſichten inſofern ſich offenbarte, daß Pythagoras und Empedocles dies Recht als ein allen lebenden Weſen, den Menſchen mit den Thieren gemeinſames auffaßten, während die meiſten übrigen Philoſophen daſſelbe dem Menſchen allein vindicirten (vergl. §. 34.); gleichwie ferner auch in der Anſchauungsweiſe der Römer, wie ſolche auf dem Gebiete der Wiſſenſchaft und Dichtkunſt ſich kund gab, jene Duplicität der Auffaſſung ſich geltend machte (vergl. §. 47 u. 50.);

ſo begegnen wir auch unter den Koryphäen der Jurisprudenz jener zwiefältigen Lehre vom jus naturale, als deren Vertreter wir einerſeits Gajus, Paulus und Marcianus, andrerſeits Ulpianus auffaſſen.

§. 53.

Lex naturae.

A. Nach Gajus und Paulus*).

Die unterſcheidende Selbſtſtändigkeit jedes Dinges und Weſens beruht auf ſeiner weſentlichen Beſtimmung, wie auf ſeinen Eigenheiten und Beſonderheiten, ſomit auf dem ihm eigenthümlichen Character im weiteſten Sinne. Die Summe ſolcher beſtimmenden Merkmale bildet die natura des Dinges oder Weſens, und wird im Allgemeinen als natura rerum oder natura bezeichnet. Eine ſolche natura kommt jedem Ding- oder Weſen-Individuum zu und ſcheidet ſich dann von deſſen materia oder Subſtanz; ſie wird aber auch einer ganzen Art, wie Gattung von Exiſtenzien beigelegt, und dann von der qualitas unterſchieden, als dem Inbegriffe der beſonderen Eigenſchaften, die dem Individuum innerhalb der natura einer Claſſe zukommen [418]). So giebt es eine natura hominum [419]), wie animalium [420]), wie auch eine natura der unbelebten Dinge [421]), innerhalb deren dann wieder die natura der Individuen und der Species geſchieden werden.

Allein der Begriff der natura wird noch über dieſen Umfang hinaus erweitert. Aus der Wechſelbeziehung der Menſchen zu einander ergeben ſich nämlich beſtimmte Verhältniſſe, und, indem man dieſelben je als ein abgeſchloſſenes Ganze für ſich und abgelöſt von ihren Trägern in ihren Eigenthümlichkeiten in's Auge faßt, ſo ſtellen ſich dieſe Verhältniſſe in einer ge-

---

*) Neben Gajus und Paulus berückſichtigen wir jedoch auch diejenigen Juriſten, die in ihren Lehren mit jenen übereinſtimmend erſcheinen.

418) Vergl. Beilage III.

419) z. B. Scaevola lib. 1. Quaest. (l. 38. D. de reb. cred. 12, 1.) Venulejus Saturninus lib. 2. de judic. publ. (l. 12. §. 4. D. de accusat. 48, 2.), Marcian lib. 7. Inst. (l. 65. §. 3 D. de leg. III.).

420) z. B. Gajus lib. Aureor. (l. 5. §. 2. 5. 6. D. de acqu. dom. 41, 1.).

421) z. B. Paul. lib. 2. ad Vitell. (l. 78. §. 4. D. de leg. III.).

wiſſen Selbſtſtändigkeit dar, in welcher ihnen dann ebenfalls eine eigne natura zukommt. So finden wir eine natura obligationis, contractus, depositi, actionis quod metus causa, servitutum, dotis[422]); ja ſelbſt einzelnen beſtimmten Kraftäußerungen des Menſchen wird, im nämlichen Wege der Abſtraction von ihren Urhebern, eine ſolche natura beigelegt und ſo einerſeits von einer natura des Sophisma, andrerſeits von einer natura der obligatoriſchen Leiſtung[423]) geſprochen.

Eine natura oder natura rerum wird ſonach anerkannt in Rückſicht auf Alles, was ſowohl als ſinnliche Erſcheinung, wie auch als Verhältniß oder Handlung der verkehrenden Menſchen eine juriſtiſche Relevanz durch irgend welche rechtliche Beziehung erhält.

Die natura des Dinges wird nun entweder in der Geſammtheit der Merkmale, die ſie unter ſich begreift, in's Auge gefaßt; und dieſe Anſchauungsweiſe liegt allenthalben da vor, wo der betrachtete Gegenſtand als ein von ſeiner natura noch unterſchiedenes beſonderes Zweites in's Auge gefaßt wird; oder es wird in der natura von den Merkmalen, welche ſie umfaßt, nur ein einzelnes derſelben und zwar dasjenige herausgegriffen, welches vom Geſichtspunkte des Redenden aus als maaßgebend und beſtimmend erſcheint. Die erſtere Auffaſſung giebt ſich kund vornämlich in dem Ausdrucke natura sui[424]), die letztere aber offenbart ſich insbeſondere darin, daß das einzelne in's Auge gefaßte Merkmal der natura ſelbſt als Epitheton beigelegt wird, ſo z. B: Natura elephantorum et camelorum fera est bei Gajus lib. 7. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. ad l. Aquil. 9, 2.); pavonum,

---

422) Vergl. Julianus lib. 7. Digest. (l. 32. §. 1. D. de serv. P. U. 8, 2.) und bei Ulpian lib. 11. ad Edict (l. 12. §. 2. D. quod met. c. 4, 2.); Fragm. Sext. Pompon.; Papinian bei Ulpian lib. 4. ad Edict. (l. 7. §. 5. D. de pact. 2, 14.), lib. 9. Quaest. (l. 24. D. depos. 16, 3.), lib. 27. Quaest. (l. 9. §. 1. D. de duob. reis. 45, 2.); Paulus lib. 3. ad Edict. (l. 27. §. 2. D. de pact. 2, 14.).

423) [Ulpianus lib. 67. ad Sabin. (l. 177. D. de V. S. 50, 16.): Natura cavillationis —— haec est, ut ab evidenter veris per brevissimas mutationes disputatio ad ea, quae evidenter falsa sunt, perducatur]. Paulus lib. 72. ad Edict. (l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1.): Ea duntaxat, quae natura sui possibilia sunt, deducuntur in obligationem.

424) Vergl. Beilage III Note 5.

columbarum fera natura; gallinarum et anserum non est fera natura bei Gajus lib. 2. Aureor. (l. 5. §. 5. 6. D. de acqu. dom. 41, 1.); nocendi natura venenorum bei Gaj. lib. 10. ad Ed. prov. (l. 35. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.); indivisa natura venditionis bei Venulejus lib. 6. Stipul. (l. 139. D. de V. S. 45, 1.).

Dieſer natura rerum wohnt nun eine ordnende Kraft und beſtimmende Regel inne, welche, weil ſie in dieſer Eigenſchaft geſetz- und vernunftvoll wirkt und ſomit zur Intelligenz, zur objectiven Vernünftigkeit ſich geſtaltet, als ratio naturalis aufgefaßt und bezeichnet wird [424a]). Das Product dieſer ratio aber iſt die lex naturae, d. i. der Inbegriff derjenigen Regeln, welche aus der ratio naturalis hervorgegangen, die Beziehungen der Menſchen und Dinge zum Menſchen in der durch den Begriff des jus gebotenen Richtung normiren: das Geſetz ſomit des durch die ratio naturalis gebotenen Rechtes.

So geſtaltet ſich bei den römiſchen Juriſten die ratio naturalis zu der den Rechtsverhältniſſen inwohnenden ordnenden vernunftvollen Kraft, und in dieſem Sinne wird daher derſelben eine Macht beigemeſſen, welche theils in Erzeugung und Conſtituirung derartiger Normen [425]), theils in Erhaltung, wie in einem inneren Zwange zu Befolgung ihrer Poſtulate [426]) ſich

424a) Wegen des Begriffes ratio ſ. Beilage IV.

425) Sabinus und Cassius bei Gaj. lib. 2. Aureor. (l. 7. §. 7. D. de acqu. dom. 41, 1.): naturalis ratio efficit; Gajus Inst. I, 1.: naturalis ratio constituit; I, 89. II, 69. 70.: naturali ratione fit; I, 189.: naturali rationi conveniens est; II, 66.: naturali ratione adquiruntur; II, 79.: naturalis ratio requiritur; III, 154.: societatem naturali ratione inire; lib. 7. ad Edict. prov. (l. 4. pr. D. ad l. Aquil. 9, 2.): naturalis ratio permittit; (l. 8. D. de serv. P. U. 8, 2.): naturali ratione communis est; lib. 9. ad Ed. prov. (l. 18. §. 2. D. commod. 13, 6.): naturali ratione pertinet; lib. 3. de Verb. Oblig. (l. 39. D. de neg. gest. 3, 5.): naturalis ratio suadet; lib. 2. Aureor. (l. 3. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.): ratione naturali conceditur; (l. 1. §. 9. D. de O. et A. 44, 7.): naturali ratione inutilis est; endlich dürfte dem lib. 2. Aureor. zu überweiſen ſein §. 2. I. de usufr. 2, 4.: naturali ratione recipiunt; vergl. §. 58. Note 470. Sodann Paulus lib. 20. ad Edict. (l. 36. §. 5. D. de her. pet. 5, 3.): naturalis ratio expostulat; lib. 1. Manual. (l. 83. D. p. soc. 17, 2.): naturali convenit rationi.

426) Gajus lib. 2. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.): ratione naturali servatur; lib. 7. ad Edict. prov. (l. 2. §. 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5.): nec enim naturalis ratio commutari potuit.

offenbart; ja die ratio naturalis ſelbſt wird als lex quaedam tacita aufgefaßt [427]).

Das Geſetz aber, welches aus dieſer objectiven Intelligenz, als deren Product ſich ergiebt, die lex naturae [428]) oder lex naturalis [429]), wird ebenſowohl als Inbegriff von rechtlichen Normen im Allgemeinen, wie der ein einzelnes Rechtsinſtitut insbeſondere betreffenden Poſtulate aufgefaßt, in welchem letzteren Sinne daher Paulus, lib. 3. ad Edict. (ſ. Note 428.) von einer lex naturae dotis ſpricht.

Den Inhalt dieſer lex naturae endlich bildet das jus naturale, welches ſomit ſelbſt Product jener naturalis ratio iſt und als ſolches insbeſondere auch anerkannt wird von Gajus Instit. I, 1.:

Jus quod naturalis ratio constituit,

ſowie lib. 2. Aureor. (l. 1 pr. D. de acqu. dom. 41, 1.):

Jus quod ratione naturali servatur.

Somit verhält ſich die ratio naturalis zur lex naturae und zum jus naturale wie die conſtituirende Kraft zu der daraus hervorgegangenen, ordnenden Regel, während die natura ſelbſt das Element bezeichnet, in welchem die ratio beruht, die lex und das jus herrſcht. Allein die innige Verbindung der einzelnen Glieder dieſer Vorſtellungsreihe, ein Zurückſpringen des Gedankens auf die Grundlage ſeiner Idee hat zur Folge gehabt, daß die römiſchen Juriſten auch der natura ſelbſt das productive und normative Vermögen beilegen, welches im eigentlichen Sinne nur der ratio, wie der lex und dem jus naturae zukömmt. So z. B.

Celsus lib. 17. Digest. (l. 188. § 1. D. de R. J. 50, 17.):

Quae rerum natura prohibentur.

Alfanus lib. 1. Epitom. (l. 3. D. de interd. 48, 22.):

Quae a rerum natura tribuerentur.

Gajus lib. 7. ad Edict. prov. (l. 45. D. de usufr. 7, 1.):

Sicut impendia cibariorum in servum, cujus ususfructus

427) Paulus lib. sing. de portionibus, quae liber. damn. conced. (l. 7. pr. D. de bon. damn. 48, 20.).

428) Paulus lib. 3. ad Edict. (l. 27. §. 2. D. de pact. 2, 14.). Daß auch in dieſer Periode bei den Römern lex naturae auch im Sinne von Geſetz der phyſiſchen Natur ſich vorfindet, ſo z. B. bei Senec. Epist. 4. 25. Declam. 13. u. a. m. bedarf keiner weiteren Bemerkung.

429) Paulus lib. 39. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. de furt. 47, 2.).

ad aliquem pertinet, ita et valetudinis impendia ad eum respicere, natura manifestum est.

Paulus lib. 3. ad Sabin. (l. 10. D. de R. J. 50, 17.):

Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda.

lib. 33, ad Sabin. (l. 34. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.):

Rerum — — quas natura — — vel mores civitatis commercio exemerunt, earum nulla venditio est.

Florentinus lib. 9. Inst. (l. 4. §. 1. D. de stat. hom. 1, 5.):

Dominio alieno constra naturam subjicitur.

lib. 1. Inst. (l. 3. D. de J. et J. 1, 1.):

Inter nos cognationem quandam natura constituerit.

Vergl. auch Gajus lib. 2. Aur. (lib. 1. §. 12. D. de O. et A. 44, 7.), Papinian, lib. 29. Quaest. (l. 7. §. 1. D. si tab. test. null. 38, 6.), Paulus lib. 54. ad Sabin. (l. 3. §. 5. D. de acqu. poss. 41, 2.); ingleichen Senec. Epist. XCV: natura justum composuit, u. a. m. Ferner Labeo bei Ulpianus, lib. 37. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. si quis testam. lib. 47, 4.): natura aequum; Neratius, lib. 6. Membran. (l. 41. D. de cond. indeb. 12, 6.); natura debere; Pomponius, lib. 21. ad Sabin. (l. 14. D. eod.): natura aequum; Scaevola, lib. 1. Respons. (l. 60. D. de fidejuss. 46, 1.): natura debere; Paulus lib. 2. ad Neratium (l. 19. pr. D. de neg. gest. 3, 5.): natura debitor, lib. 3. ad Sabin. (l. 10. D. de R. J. 50, 17.), lib. 3. Quaest. (l. 84. §. 1. D. eod.): natura debere.

Nach Alle dem iſt der oberſte und letzte Ausgang der lex wie des jus naturae die naturalis ratio. Mit dieſem Begriffe beginnen für uns die rechtsphiloſophiſchen Syſteme des Gajus und Paulus. Ob aber der Satz: es giebt eine naturalis ratio, in der That oberſtes Princip für Beide war, über welches hinaus dieſelben in die höheren Regionen der Speculation ſich nicht gewagt haben; ob daher Beide verzichteten, den oberſten Grund und die letzte Quelle dieſer ratio zu erforſchen, ſomit aber die Macht der Letzteren ihnen lediglich auf deren Character als ratio, auf deren Vernünftigkeit und auf der inneren Kraft abſoluter Wahrheit beruhte, während die Exiſtenz ſelbſt dieſer ratio, als durch Empirie bewahrheitet, eines ſpeculativen Beweiſes entbehren zu können ſchien; — dies ſind Fragen, deren Beantwor-

tung wir hier ausſetzen müſſen, jedoch weiterhin wieder aufnehmen werden. (Vergl. §. 62.)

§. 54.

B. Lex naturae nach Marcianus.

Von den Lehrſätzen des Gajus und Paulus über die lex naturae weicht die Doctrin des Marcian in mehrfachen Stücken weſentlich ab; denn indem der Letztere an die Dogmen der griechiſchen und insbeſondere der ſtoiſchen Philoſophie ſich inniger anſchloß, ſo trat bei ihm nicht allein eine weitere Beziehung der lex naturae ſelbſt hervor, ſondern er gelangte auch zu einer durchaus anderen Subſtruction jener Lehre, als Gajus und Paulus.

Marcian eröffnete nämlich ſein Lehrbuch über das Rechtsſyſtem, die libri XVI. Institutionum[430]) mit der Lehre von der lex naturae oder, wie er wahrſcheinlich dieſelbe nach dem Vorgange der Stoiker nannte, der lex communis, d. i des νόμος πάντων oder νόμος ὁ κοινός. Nachdem nämlich Marcian in jenem Werke eine Definition des νόμος aus Domesthen. c. Arstogit. (p. 774, 16 sq. Reisk.), welche das allgemeine Weſen eines Geſetzes darlegt, mitgetheilt hatte, ging derſelbe über zum νόμος ὁ κοινός der Stoiker, rückſichtlich deſſen er die Definition des Chryſipp aus περὶ νόμου wiedergiebt:

ὁ νόμος πάντων ἐστὶ βασιλεύς θείων τε καὶ ἀνθρωπίνων πραγμάτων, κ. τ. λ. (Lex communis est divinarum et humarum rerum regina[431]).

Hierin nun erſcheint die lex naturae in der weiteſten ihr inwohnenden Beziehung: als Geſetz des Univerſum, der θεῖα καὶ ἀνθρώπινα, ſomit weit hinaus greifend über den beſchränkten Kreis des jus, und das Gebiet der φιλοσοφία in ſeiner Totalität umfaſſend, die geſammte ἀρετὴ und σοφία berührend.

Von hier aus geht ſodann die Definition über zu dem einen jener Dreitheile der Philoſophie, zur Ethik, indem der νόμος πάντων als προστάτης τῶν καλῶν καὶ τῶν αἰσχρῶν, καὶ ἄρχων καὶ ἡγεμών, als praeses et bonorum et malorum, et princeps et dux bezeichnet wird. Und gleichwie ſodann innerhalb das καλόν der Stoiker das δίκαιον als deſſen ſpecieller Beſtand-

430) Vergl. Beilage V.

431) Vergl. hierzu §. 27., zum Nachfolgenden §. 27. und 28.

theil ſich abgränzt, ſo tritt auch innerhalb der ethiſchen Gebote des νόμος κοινός die Summe der die gegenſeitigen Beziehungen der Menſchen regelnden Vorſchriften, d. i. das φύσει δίκαιον, beſonders hervor, und mit Rückſicht auf dieſes wird nun der νόμος πάντων als κανῶν τε δικαίων καὶ ἀδίκων καὶ τῶν φύσει πολιτικῶν ζῴων, als regula juris et injuriae ipsorum naturali societate conjunctorum animalium characteriſirt. In dieſen Worten, deren Bedeutung von den Gloſſatoren an bis auf unſere Zeit herab völlig verkannt worden iſt, iſt der doppelte Gedanke enthalten, daß das Rechtsgebot des νόμος das φύσει δίκαιον enthält, und daß in Hinſicht hierauf der Menſch zum φύσει πολιτικὸν ζῷον wird; denn das φύσει δίκαιον unterwirft die geſammte Menſchheit Einer, für Alle gemeinſamen Lebensregeln und begründet ſo eine civitas oder societas naturalis, eine φύσει πόλις, deren Bürger jeder Einzelne iſt und deren ſtaatliche Einheit von dem geſammten Menſchengeſchlechte getragen wird [432]).

So reproducirt Marcian die Dogmen der Stoiker von der lex naturae, dem jus naturale und der societas humana, und während auf die letztere die dem Marcian eigenthümliche Lehre von einer auf dem jus naturale beruhenden, alle Menſchen betreffenden communio gewiſſer Güter [433]) ſich ſtützt, ſo führt er,

---

432) Vergl. §. 46. Das φύσει πολιτικόν bezeichnet das Angehören einer auf der φύσις beruhenden πόλις; in dieſem Sinne nennt Nemesius de Nat. Hom. c. 1. den ἄνθρωπος ein φύσει πολιτικὸν ζῷον, und ähnlich Diogen. Laert. VII, 123. den σπουδαῖος einen κοινωνικὸς φύσει καὶ πρακτικός. In gleicher Weiſe bezeichnet auch bereits Ariſtoteles Polit. I, 1, 9. 10. III, 4, 2. Eth. Nic. VIII, 12, 7. den ἄνθρωπος als φύσει πολιτικὸν ζῷον und in Eth. Nic. I, 7, 6. als φύσει πολιτικὸς ἄνθρωπος, wozu vergl. Mor. Eudaem. VII, 10, 5. 6. Was dagegen unter der φύσει πόλις zu verſtehen ſei, hängt lediglich davon ab, welchen Begriff der Redende damit verbindet; in der Politik verſteht Ariſtoteles darunter den Staat, in den Ethiken die societas hominum, und dieſer Begriff, der allein bei den Stoikern und insbeſondere in der obigen Stelle des Chryſipp maaßgebend ſein konnte, iſt in der ſpäteren Philoſophie überhaupt als der herrſchende anzuſehen. Cicero umſchreibt den obigen Begriff in de Fin. V, 23, 66. dahin: quum sic hominis natura generata sit, ut habeat quiddam innatum quasi civile atque populare, quod Graeci πολιτικόν vocant; und giebt ihn wieder ad Att. IV, 6, 1.: es natura πολιτικός.

433) Vergl. lib. 3. Instit. (l. 2. l. 4. D. de divis. rer. 1, 8.). Dieſe Lehre nenne ich dem Marcian eigen, weil ſie außer von ihm von keinem

abweichend von Gajus und Paulus, die lex naturae in dem weiten, von der Philoſophie ihr gegebenen Umfange in die Speculation der römiſchen Jurisprudenz ein, in jenem Umfange nämlich, der die lex naturae und das jus naturale nicht als congruent, vielmehr das Letztere als einen einzelnen Beſtandtheil der Gebote der Erſteren erſcheinen läßt.

Allein auch in noch weiteren Stücken weicht Marcian von der Lehre des Gajus und Paulus ab, an die Dogmen der Stoa ſich anſchließend. Nach den Stoikern durchdringt Gott ſelbſt als geiſtiger Hauch das Univerſum (die Natur i. d. S.) als deſſen Seele, deſſen Lebenskraft, wie zugleich auch als deſſen Geiſt und Geſetz. Daher wohnt zwar der Natur eine Intelligenz inne, allein nicht der natura rerum im Sinne des Gajus und Paulus, ſondern der natura, als der Geſammtheit des Erſchaffenen; daher iſt ferner dieſe Intelligenz nicht eine der Natur eigene objective Vernunftmäßigkeit, ſondern ſie kommt der Natur zu nur in der Weiſe, wie die Vernunft dem einzelnen Menſchen eigen iſt, als Vermögen ſeines Geiſtes; daher iſt endlich dieſe der Natur inwohnende ratio nicht eine von dem νόμος unterſchiedene Potenz, vielmehr iſt der νόμος ebenſowohl Product Gottes und Ausfluß ſeiner ratio, wie er gleichzeitig auch die ratio ſelbſt iſt. (Vergl. §. 27. und 62.)

Dieſe Dogmen der ſtoiſchen Lehre geben ſich aber bei Marcian in der doppelten Modalität kund, daß einmal der-

---

anderen Juriſten in unſeren Quellen vorgetragen wird. Denn wenn bezüglich der Objecte, welche Marcian als communia omnium bezeichnet, Gajus lib. 2. Aureor. (l. 5. pr. D. de D. R. 1, 8.) ſagt: [eorum] usus publicus est jure gentium, oder Paulus lib. 21. ad Edict. (l. 51. D. de contr. emt. 18, 1.): jure gentium omnibus vacant, oder Scaevola lib. 5. Respons. (l. 4. D. ne quid in loc. 43, 8.): jure gentium aedificare licet, ſo iſt dies zwar im Reſultat das Nämliche, allein die Vorſtellung, die dieſen Ausſprüchen zu Grunde liegt, iſt eben eine vollſtändig verſchiedene, und dies iſt, was wir als bedeutungsvollen Moment hervorheben und als Reſultat der philoſophiſchen Grundanſichten der betreffenden Juriſten darlegen wollen. Nur Celſus verräth eine höhere Verwandtſchaft in der Anſchauungsweiſe mit Marcian, wenn er lib. 39. Digest. (l. 3. §. 1. D. ne quid in loc. 43, 8.) ſagt: communis usus [rerum] omnibus hominibus [est]. Vergl. auch Cic. Orat. 30, 107.: Quid enim tam commune quam spiritus vivis, terra mortuis, mare fluctuantibus, litus ejectis?

ſelbe die lex und das jus naturale für Vorſchriften Gottes erklärt:

πᾶς ἐστὶ νόμος εὕρημα μὲν καὶ δῶρον θεοῦ (omnis lex inventum ac munus Dei est, in l. 2. D. de legg. 1, 3. aus Demoſthenes, ſ. oben.) [434];

Naturalia quidem jura — — divina quadam providentia constituta (in §. 11. J. de J. N. 1, 2.);

ſowie daß andrerſeits derſelbe das jus naturale auf die ratio naturalis als rechtsproducirende Kraft zurückzuführen nicht nöthig hat, ja, wie es ſcheint, eine ſolche ratio naturalis überhaupt gar nicht anerkennt [435].

Hieraus allenthalben ergiebt ſich eine weſentliche Verſchiedenheit in der Lehre des Marcian einerſeits, und des Gajus, Paulus und, wie wir finden werden, des Ulpianus andrerſeits: dem Marcian iſt die lex communis ein Ausfluß und Gebot Gottes und ſelbſt eine ratio; dem Gajus und Paulus beruht die lex naturae auf der ratio naturalis und dieſe ſelbſt iſt eine der natura der Dinge immanente, vernunftmäßig ordnende Kraft, eine objective Vernünftigkeit.

Allein dieſe Verſchiedenheit der Lehrſätze betrifft auch nur die Grundlage der lex naturae, indem in der Auffaſſung des jus naturale, alſo des Inhaltes der lex naturae, zwiſchen Marcian, Gajus und Paulus vollkommene Uebereinſtimmung herrſcht und erſt an dem Punkte wieder ein Zwieſpalt zu Tage tritt, wo die practiſche Bedeutung des jus naturale in Frage kömmt.

§. 55.

Jus naturale des Gajus, Paulus und Marcian*).

Das jus naturale [436], von Marcian auch jura natura-

434) Papinian in ſeiner Ueberſetzung jener Stelle des Demosthenes in lib. 1. Defin. (l. 1. D. de legg. 1, 3.) läßt, was bemerkenswerth erſcheint, dieſen Theil derſelben weg.

435) Vergl. §. 82. 87. Note 603.

*) Auch hier ziehen wir alle übrigen Juriſten, inſoweit ſie mit den Genannten übereinſtimmend erſcheinen, in Betracht.

436) Gajus, Inst. II, 65. 73., lib. 25. ad Edict. (l. 2. D. de superfic. 43, 18.); Marcianus lib. 1. Instit. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.), lib. 3. Inst. (l. 2. D. de D. R. 1, 8.); Paulus lib. 14. ad Sabin. (l. 11. D. de J.

lis [437]), von Pomponius jus naturae [438]), von Modeſtin τὸ φύσει δίκαιον [439]), auch natura ſchlechthin [440]) genannt, iſt der Inbegriff der durch die lex naturae gegebenen Vorſchriften. Das Subject, welches das jus naturale bindet, iſt der Menſch, und die Rechte des Letzteren, welche auf dem jus naturale beruhen, bilden das naturale jus [441]) oder die naturalia jura [442]) des Menſchen, welche auch mitunter durch ſachliche Benennungen beſonders bezeichnet werden, z. B. als jus sanguinis, cognationis und ähnlich [443]).

Als eine Regel, die aus höherer Quelle letzter Wahrheit fließt, erſcheint das jus naturale als die abſolute Wahrheit auf dem Gebiete des jus, daher die ſpeculative Conſequenz daſſelbe als eine für alle Menſchen [444]) gleichmäßig geſetzte Regel an-

et J. 1, 1.), lib. 35. ad Edict. (l. 14. §. 2. D. de R. N. 23, 2.); auch Tryphoninus lib. 7. Disput. (l. 64. D. de cond. indeb. 12, 6.), lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.); Florentinus lib. 6. Inst. (l. 3. D. de D. R. 1, 8.); Licinius Rufinus lib. 8. Regul. (l. 59. D. de O. et A. 44, 7.); Modestinus lib. 12. Pandect. (l. 4. §. 2. D. de grad. 38, 10.).

437) lib. 1. Inst. (§. 11. J. de J. N. 1, 2.).

438) lib. 9. ex var. lection. (l. 206. D. de R. J. 50, 17.). So auch bei Gellius N. A. VII, 3. Auch jus naturae kommt im Sinne von: Einrichtung und Geſetz der phyſiſchen Natur vor; ſo bei Sallust. fr. inc. 17. Gerl.: vita et mors jura naturae sunt.

439) lib. 4. Excusat. (l. 13. §. 7. D. de excus. 27, 1.).

440) Vergl. §. 53. Bei Marcian kommt jedoch natura in dieſem Sinne nicht vor.

441) Paulus lib. 2. ad Sabin. (lib. 4. D. si tab. testam. 38, 6.) für das auf der leiblichen Kindſchaft beruhende Recht zur Bon. Poss.

442) Gaj. Inst. I, 158. für die auf der Cognation beruhenden Rechte; lib. 4. ad Edict. (l. 8. D. de cap. min. 4, 5.) für die durch obligationes naturales begründeten Forderungsrechte; Papinian lib. 12. Quaest. bei Ulpian lib. 40. ad Edict. (l. 8. §. 7. D. de B. P. c. tab. 37, 4.) für die durch leibliche Kindſchaft begründeten Rechte. In gleichem Sinne findet ſich naturalia jura in §. 11. J. de hered. quae ab int. 3, 1., bezüglich deſſen jedoch ungewiß iſt, aus welchem Werke er excerpirt iſt.

443) Jus sanguinis, oppos. jus agnationis bei Paulus lib. 35. ad Edict. (l. 23. D. de adopt. 1, 7.); jura sanguinis oppos. jus civile bei Pompon. lib. 4. ad Sabin. (l. 8. D. de R. J. 50, 17.); cognationis jus, gleich jus naturale, oppos. agnationis jus bei Gaj. I, 158. u. öfter.

444) In der That aber auch für alle Menſchen, nicht bloß für die freien Menſchen, daher auch der Sclave Rechtsſubject das jus naturale war. Dies

erkennt. In dieſem Satze ſelbſt aber liegt eine Mehrheit weiterer ſpeculativer Conſequenzen verhüllt, die namentlich in den vier Poſitionen ſich offenbaren, daß in potentia das jus naturale theils für alle Menſchen gemeinſam, theils bei allen Völkern, theils zu allen Zeiten gültig iſt, theils endlich daß es mit der dem Menſchen eigenen Rechtsüberzeugung, jener inneren Stimme ſubjectiver Gerechtigkeit, mit der aequitas, in vollkommener Harmonie ſtehe. Die erſten drei dieſer ſpeculativen Conſequenzen treten vornämlich hervor bei Gajus in Instit. I, 1.:

jus, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur [445]);

---

ergiebt ſich z. B. bezüglich Gajus aus der Extenſion der naturalis obligatio auf den Sclaven, ſo Inst. 3, 119.: ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adjiciatur (fidejussor), adeo quidem, ut pro servo quoque obligatur, sive extraneus sit, qui a servo fidejussorem accipiat, sive dominus in id, quod sibi debeatur; wozu vergl. lib. 1. de Verb. Oblig. (l. 70. §. 3. D. de fidej. 46, 1.); bezüglich Marcian und Conſ. (Vergl. §. 89.) ſiehe Tryphonin. lib. 7. Disp. (l. 64. D. de cond. indeb. 12, 6.): Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans, se aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. Ut enim — —, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est; Marcian lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.): jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur; vergl. auch Florentinus lib. 9. Inst. (l. 4. D. de stat. 1, 5.); wegen Paulus ſ. lib. 10. ad Sabin. (l. 13. pr. D. de cond. indeb. 12, 6.): naturaliter enim servus obligatur; wozu vergl. lib. 2. ad Plaut. (l. 35. D. de fidej. 46, 1.), lib. 15. Quaest. (l. 56. §. 1. D. eod.); ferner lib. 35. ad Edict. (l. 14. §. 2. 3. D. de R. N. 23, 2.): Serviles quoque cognationes hoc jure observandae sunt. Igitur matrem suam manumissus non ducet uxorem; tantundum juris est et in sorore et in sororis filia. Idem e contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, — — quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est. — — Idem tamen quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus affinitatibus servandum est, veluti etc.; wozu vergl. lib. sing. de gradib. et affin. et nomin. eor. (l. 10. §. 4. 5. D. de grad. 38, 10.); vergl. endlich Africanus lib. 7. Quaest. (l. 21. §. 2. D. de fidej. 46, 1.), Pomponius lib. 22. ad Sabin. (l. 2. D. eod.), Scaevola lib. 3. Respons. (l. 88. §. 12. D. de leg. II.), u. a. m.

445) Vergl. auch Quint. J. O. XII, 2, 3.: leges quae natura sunt omnibus datae in Verbindung mit dem oben im §. 47. bei Note 351, 352. Bemerkten.

ſowie in lib. 2. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.):

jus, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, und: antiquius jus cum ipso genere humano proditum est;

ingleichen in Inst. 1, 189.:

Impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatium jure contingit, quia et naturali rationi conveniens est;

nicht minder bei Marcian in lib. 1. Instit. in der Characteriſirung der lex communis (Vergl. §. 54), ſowie:

Naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent; (§. 11. I. de J. N. 1, 2.);

dagegen die vierte jener Conſequenzen ſtellt beſonders in den Vordergrund Paulus, lib. 4. ad Sabin. (l. 11. D. de J. etc. 1, 1.):

Quod semper aequum et bonum est, jus dicitur, ut est jus naturale.

So ſind es gerade dieſe aus dem Weſen des jus naturale ſich ergebenden Folgeſätze, welche mit einem gewiſſen Nachdrucke von den Juriſten betont, ja gegenüber dem Grundweſen deſſelben in ſo bedeutungsvoller Weiſe hervorgehoben werden, daß wir lediglich mit Rückſicht hierauf ſchon den römiſchen Juriſten den Vorwurf machen dürfen, gegenüber den conſtitutiven Merkmalen des Begriffes zu viel Gewicht auf die conſecutiven Merkmale gelegt zu haben, — eine Thatſache, welche, ganz an und für ſich betrachtet, daraus ſich erklärt, daß gerade die folgemäßigen Merkmale der Begriffe es ſind, welche anſchaulicher, ſomit auch früher, beſtimmter und deutlicher in das Bewußtſein treten, als die grundweſentlichen Merkmale. Gerade in jener Erſcheinung aber haben wir die primäre Urſache jener zahlreichen Irrthümer zu erblicken, denen wir in der weiteren Darlegung dieſer Lehre der römiſchen Juriſten begegnen werden. Die ſecundäre Urſache dieſer Irrthümer aber, oder vielmehr der erſte entſcheidende Irrthum ſelbſt ſchon offenbart ſich gleichfalls bereits in obiger Beziehung darin, daß die römiſchen Juriſten, jedoch mit anerkennenswerther Ausnahme von Marcianus, die erſten beiden der hervorgehobenen vier Merkmale nicht als rein ſpeculative und potentielle auffaſſen, welche lediglich einen Beruf und eine Aufgabe des jus naturale bezeichnen, ſondern denſelben eine em-

piriſche und actuelle Bedeutung unterſchieden, ſomit aber dem jus naturale jene Merkmale als Criterien beilegen, welche dieſem gleich einem hiſtoriſchen und empiriſchen Rechte thatſächlich und wirklich zukommen.

Das jus naturale ſelbſt wird aber erkannt aus der natura rerum; denn die natura der Dinge, Weſen und Verhältniſſe birgt nach Gajus und Paulus den Keim des geregelten Ganges der Dinge und die Kraft, welche die geſetzvolle Ordnung und den Frieden der menſchlichen Zuſtände begründet; und ſie gerade wird auch von Marcian als das Medium anerkannt, durch welches Gott ſein ewiges Geſetz der Harmonie des Univerſum dem Menſchen offenbart. So muß die Erkenntniß des jus naturale von einer Erforſchung der natura rerum ausgehen, um aus deren Anſchauung zur Kenntniß der Regeln zu gelangen, die als ordnendes Geſetz in ihr obwalten. Dieſe Forſchung ſelbſt aber hat hierbei eine dreifache Richtung zu verfolgen, je nach den Gegenſtänden, die für ihre Zwecke in Betracht kommen: vor allen der Menſch ſelbſt, als der Mittelpunkt und Träger des Rechtes; ſodann die Sache, welche vom Rechte des Menſchen ergriffen wird; endlich die Beziehungen an und für ſich, in welche zum Menſchen der Menſch, wie die Sache tritt, alſo das für das jus relevante Verhältniß an ſich. So bieten ſich die natura des Menſchen, der Sache und des rechtlichen Verhältniſſes als das dreifaltige Vehikel des jus naturale dar.

Die hierdurch bedingte dreifache Beziehung der Forſchung wird nun auch von den römiſchen Juriſten in wohlbewußter Weiſe anerkannt; denn wenn auch ſelbſtverſtändlich in den meiſten Fällen, wo ein Geſetz des jus naturale dargelegt wird, die Fundirung deſſelben auf die natura der Dinge nicht namentlich oder nur mittelbar in den Worten [446]) ſelbſt hervortritt, anderntheils aber auch in Fällen, wo letzteres geſchieht, nur auf die natura im Allgemeinen Bezug genommen wird [447]), ſo begegnen wir doch

446) So z. B. bei Sabinus et Cassius bei Gaj. lib. 2. Aur. (l. 7. §. 7. D. de acqu. dom. 41, 1.): Naturalem rationem efficere —, ut, qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus sit, quia sine materia nulla species effici possit; u. s.

447) So z. B. von Javolenus lib. 1. Epist. (l. 23. §. 2. D. de acqu. poss. 41, 2.): Quaero: si vinxero libertum hominem, ita ut eum possi-

auch auf der anderen Seite einer großen Anzahl von Stellen, in denen in der That die Bezugnahme auf die natura jener drei Objecte der Reflexion ausgesprochen wird, obwohl auch in solchem Falle in der Regel nur die natura desjenigen Objectes in den Vordergrund gestellt wird, welches je nach der Anschauung des betreffenden Juristen bei der obschwebenden Frage gerade maaßgebend erscheint. So finden wir die natura hominis besonders hervorgehoben von: Marcianus lib. 7. Instit. (l. 65. §. 3. D. de Leg. III.):

> Ornatricibus legatis, Celsus scripsit, eas, quae duos tantum menses apud magistrum fuerint, legato non cedere; alii et has cedere, ne necesse sit, nullam cedere, quum omnes adhuc discere possint et omne artificium incrementum recipiat. Quod magis obtinere debet, quia humanae naturae congruum est;

gleichermaaßen von Scaevola lib. 1. Quaest. (l. 38. D. de reb. cred. 12, 1.):

> Respiciendum enim est, an, quantum in natura hominum sit, possit sciri, eam debitum iri;

von Venulejus Saturninus lib. 2. de judic. publ. (l. 12. §. 4. D. de accus. 48, 2.):

> Quum natura est communis (liberorum et servorum), similiter (atque in liberos) et in eos (sc. servos) animadvertatur.

Die natura des Dinges tritt vornämlich in den Vordergrund bei Gajus, so z. B. lib. 2. Aureor. (l. 5. §. 2. §. 6. D. de acqu. dom. 41, 1.):

> Apium — natura fera est. Itaque quae in arbore nostra consederint, antequam a nobis alveo concludantur, non magis nostrae esse intelliguntur, quam volucres, quae in nostra arbore nidum fecerint;

---

deam, an omnia, quae is possidebat, ego possideam per illum? Respondi: si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto; quod quum ita se habeat, multo minus per illum res ejus a te possidebuntur; neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possim, quem civiliter in mea potestate non habeo. Paulus lib. 54. ad Edict. (l. 3. §. 5. D. de poss. acquiv. 41, 2.): Plures eandem rem in solidum possidere non possunt, quippe contra naturam est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.

Gallinarum et anserum non est fera natura; — — Itaque si quolibet modoanseres mei et gallinae meae turbati turbataeve adeo longius evolaverint, ut ignoremus, ubi sint, tamen nihilominus in nostro dominio tenentur. Qua de causa furti nobis tenebitur, qui quid eorum lucrandi animo apprehenderit;

und lib. 10. ad Edict. prov. (l. 35. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.):

Veneni mali quidam putant non contrahi emtionem, quia nec societas aut mandatum flagitiosae rei ullas vires habeat. Quae sententia potest sane vera videri de his, quae nullo modo, adjectione alterius materiae, usui nobis esse possunt; de his vero, quae mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidoti et alia quaedam salubria medicamenta conficiantur, aliud dici potest.

Vergl. auch Instit. II, 66. sq. III, 194. und lib. 2. Aureor (l. 1. §. 1. l. 3. 5. 7. 9. pr. — §. 2. D. de acqu. dom. 41, 1.), lib. 7. ad Edict. prov. (l. 2. §. 2. D. ad l. Aquil. 9, 2.); ingleichen bei Paulus lib. 2. ad Vitell. (l. 78. §. 4. D. de Leg. III.):

Illud fortasse quaeriturus sit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendatur, quum si marmor legatum esset, nihil praeter rudem materiam demonstratum videri posset. Cujus haec ratio traditur, quippe ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa, nunquam vires ejus effugiant;

und lib. 12. ad Sabin. (l. 2. §. 1. D. de V. O. 45, 1.):

Quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur, quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum stipulamur; quaedam partis quidem dationem natura sui recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas.

Vergl. auch l. 72. ad Edict. (l. 83. §. 5. D. eod.) So auch bei Celsus lib. 18. Dig. (Collat. XII, VII, §. 10.), Pomponius lib. 34. ad Sabin. (l. 30. §. 2. D. de acqu. dom. 41, 1.) u. a. m.

Endlich die natura der Verhältniſſe an ſich findet ſich hervorgehoben von Paulus und anderen Juriſten (vergl. §. 53

Note 423); ſo von Paulus lib. 13. ad Plautium (l. 13. D. de usu et usufr. leg. 33, 2.):

Cum ususfructus alternis annis legatur, non unum, sed plura legata sunt. Aliud est in servitute aquae et viae; viae enim servitus una est, quia natura sui habet intermissionem;

ſowie lib. 34. ad Edict. (l. 22. §. 3. D. locat. 19, 2.):

Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere; ita in locationibus quoque et conductionibus idem juris est.

Vergl. auch Sabinus bei Ulpian lib. 25. ad Sabin. (l. 6. §. 1. D. de pec. leg. 33, 8.), Julianus lib. 7. Dig. (l. 32. §. 1. D. de Serv. P. U. 8, 2.), Papinian lib. 9. Quaest. (l. 24. D. depos. 16, 3.), lib. 27. Quaest. (l. 9. §. 1. D. de duob. reis. 45, 2.), Paulus lib. 7. ad Sabin. (l. 16. D. de furt. 47, 2.), u. a. m.

So wird in wohlbewußter Weiſe aus der natura rerum, und insbeſondere aus der natura der Menſchen, Sachen und Verhältniſſe von den römiſchen Juriſten das jus naturale erforſcht, erkannt und dargelegt, und ſo das römiſche Recht zu einer Vollendung emporgeführt, die bis zum heutigen Tage noch unübertroffen iſt. Die Geſetze ſelbſt aber, zu deren Erkenntniß man auf dieſem Wege gelangte, ſind wie alle Rechtsſätze verſchiedenen Weſens: bald ganz ſpeciellen, bald mehr, bald minder generellen Characters. Ihre weitere Berückſichtigung fällt dem §. 61 anheim, wo wir dieſe Elemente des jus naturale näher erörtern werden; für jetzt dagegen, wo wir die Manipulation ſelbſt der römiſchen Juriſten in's Auge faſſen, mag lediglich die Bemerkung Platz finden, wie die aus der natura rerum entwickelten Poſtulate generellen Characters wiederum als Hebel dienten, um die ſpecielleren Gebote der lex naturae zu erforſchen. So lautet z. B. eines jener generellſten Gebote des jus naturale nach Pomponius lib. 9. ex var. lection. (l. 206. D. de R. J. 50, 17.):

Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem,

und auf dieſes Poſtulat ſtützt ſich ſodann als deſſen Conſequenz der von Paulus lib. 3. ad Sabin. (l. 10. D. de R. J. 15, 17.) ausgeſprochene Satz:

Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda,

ſowie das von demſelben in lib. 39. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. de furt. 47, 2.) verkündete Geſetz:

furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, — — quod lege naturali prohibitum est admittere.

In dieſer Weiſe erheben ſich dieſe generellen Sätze des jus naturale zu Principien, nach denen, als den leitenden Geſichtspunkten, die naturae der Menſchen, Dinge und Verhältniſſe in ihren Beziehungen zu dem Menſchen in Betracht gezogen und abgeſchätzt, und die einzelnen Gebote des jus naturale erforſcht und dargelegt werden.

§. 56.

Lex naturae und jus naturale Ulpian's.

Die Erkenntniß der Lehrſätze Ulpian's bezüglich des jus naturale iſt mit beſonderen Schwierigkeiten verknüpft, weil zu den mannichfachen Mängeln jener Lehre, denen wir auch bei anderen Juriſten begegnen, noch andere dem Syſtem Ulpian's beſondere Dunkelheiten und Unklarheiten ſich geſellen. Das jedoch vermögen wir deutlich zu erkennen und mit Beſtimmtheit auszuſprechen, daß Ulpian das jus naturale, wie wir ſolches bei Gajus, Paulus und Marcian vorgefunden haben, in einen doppelten Beſtandtheil zerlegte, ſowie daß er dieſer Eintheilung ſcheinbar eine practiſche Bedeutung verlieh, indem er der einen Parthie dieſes jus naturale die Herrſchaft über alle lebenden Weſen beilegte, während er die Rechtsfähigkeit gegenüber dem anderen Theile deſſelben auf den Menſchen allein beſchränkte. Um nun die ſpecielleren Punkte dieſer Lehre feſtzuſtellen, ſchlagen wir den Weg ein, daß wir zunächſt die Gränzen desjenigen Theiles des jus naturale beſtimmen, deſſen Empfänglichkeit allen lebenden Weſen gemein iſt. Von hier aus zu dem anderen Theile des jus naturale übergehend, wird es leichter, auch deſſen Weſen genauer zu begränzen, und ſo den leitenden Grundbegriff zu erkennen, der das jus naturale in ſeiner Totalität beherrſcht.

Das allen lebenden Weſen gemeinſame jus naturale wird von Ulpian lib. 1. instit. (l. 1. §. 3. D. de J. et J. 1, 1.) ex professo jus naturale genannt und folgender Maaßen charakteriſirt:

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris et feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus enim cetera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censeri.

Hierin wird ein zwiefaches Merkmal dieſes jus naturale angegeben: daß es auf einem Gebote der Natur beruht, und daß es allen lebenden Weſen, in welchem der drei belebten Elemente ſie auch immer exiſtiren, gemeinſam iſt. Als drittes Merkmal dieſes Rechtes ſetzt Ulpian ſtillſchweigend, aber mit innerer Nothwendigkeit voraus, daß jenes jus naturale auf ein allen ſeinen Rechtsſubjecten gemeinſames Merkmal des Organismus ſich ſtützt, weil die Gemeinſamkeit der Organiſation unabweisbare Vorbedingung einer Gemeinſchaft des Rechtes iſt. Faſſen wir nun zunächſt dieſes letztere Merkmal in's Auge, ſo kann jene Gemeinſamkeit des Organismus ebenſowohl in der phyſiſchen, wie pſychiſchen Conſtitution beruhen. Das erſtere dieſer beiden Fundamente ſcheint vorausgeſetzt bei dem einen der gegebenen Beiſpiele, der liberorum procreatio, inſofern wir darunter lediglich den Geburtsact an ſich verſtehen. Dann erſcheint dieſer Act als Rechtsgeſchäft in eben der Weiſe, wie das krank Werden und Sterben, während der Hunger und Durſt als Rechtsverhältniſſe ſich darſtellen, und dann entſpricht der lex naturae, als dem Naturgeſetze, das jus naturale, als die Norm, nach der die Naturgeſetze ſelbſt in der phyſiſchen Conſtitution der Naturgeſchöpfe ſich offenbaren, daher wir conſequenter Weiſe ſogar ein gleiches jus naturale der unbelebten Natur anzunehmen berechtigt ſein würden.

Dieſe Auffaſſung kann aus einigen Stellen des Ulpian's entnommen werden, allein aus inneren Gründen haben wir derſelben eine Unwahrſcheinlichkeit entgegenzuſtellen. Denn theils weiſen die anderen beiden jener von Ulpian gegebenen Beiſpiele des jus naturale, die maris et feminae conjunctio und die educatio liberorum, auf ein anderes Fundament hin, während auch die liberorum procreatio eine andere Erklärung zuläßt, als die Beziehung auf den rein mechaniſchen Geburtsact; theils bietet

die antike Pſychologie ein geeigneteres und, namentlich mit Rückſicht auf jene erſteren beiden Beiſpiele, näher liegendes derartiges Fundament; theils endlich haben wir rückſichtlich eines Mannes, wie Ulpian, eines der Koryphäen der Jurisprudenz, die Annahme als ungeeignet zu verwerfen, daß auf den corpus des Geſchöpfes das jus naturale ſich ſtütze.

Zuvörderſt den zweiten dieſer drei Momente betreffend, ſo glaube ich eine Verwandtſchaft dieſer Lehre Ulpian's mit den pſychologiſchen Dogmen Cicero's annehmen zu dürfen. Nach dem vom Letzteren angenommenen, den Stoikern entlehnten Syſteme [448]) beſteht nämlich der Menſch aus corpus und animus, und der Letztere wiederum umfaßt die doppelte Kraft der ratio und des sensus, deren Erſtere ſich als ratio oder cogitatio, deren Letztere ſich als appetitus kundgiebt. Auf dieſer Organiſation des menſchlichen Geiſtes beruht aber ſeine Stellung in der Rangordnung der geiſtigen Weſen [449]): zwiſchen Gott und dem Thiere; denn die ratio hat er mit jenem gemein und ſie begründet eine communio zwiſchen ihm und Gott; dagegen den sensus theilt er mit dem Thiere und darauf beruht ſeine communio mit dieſem. Während nun auf die ratio die Empfänglichkeit des Menſchen für das jus naturale ſich ſtützt, ſo beruhen auf dem sensus die demſelben mit dem Thiere gemeinen inſtinctiven Regungen des appetitus, unter welche Cicero namentlich folgende rechnet:

1. conjunctionis appetitus procreandi causa; de Offic. I, 4. 17, 54.

---

448) Vergl. §. 36 und dazu Cic. de Inv. I, 24, 34. 35.: Naturam ipsam definire difficile est; partes autem ejus enumerare eas, quarum indigemus ad hanc praeceptionem, facilius est. Eae autem partim divino, partim mortali in genere versantur. Mortalium autem pars in hominum, pars in bestiarum genere numeratur.

449) In de N. D. II, 12, 33. — 13, 34. ſtellt Cicero eine vierfache Rangordnung der Geſchöpfe überhaupt auf: der Pflanzen (quibus natura nihil tribuit amplius, quam ut ea salendo atque augendo tueretur), der Thiere (quibus sensum et motum dedit [vergl. auch de Fin. V, 14, 40.] et cum quodam adpetitu accessum ad res salutares, a pestiferis recessum), des Menſchen (cui addidit rationem) und Gottes (cui innascitur ratio recta constansque). Die nämliche Gradation giebt auch Senec. Epist. 124.

2. cura quaedam eorum, quae procreata sunt; de Offic. I, 4.
3. ut se, vitam, corpusque tueatur (genus animantium omne) declinetque ea quae nocitura videntur; de Offic. I, 4. p. Mil. 11, 30. de Fin. IV, 11, 27. V, 9, 24. de N. D. II, 48. ex.

Dieſe Lehre Cicero's, welche im Alterthume vielſeitigen Beifall fand und namentlich von Seneca in ihren einzelnen Sätzen mannichfach erörtert und weiter ausgeführt ward [450]), kann auch dem Ulpian nicht unbekannt geblieben ſein, vielmehr iſt ſie wahrſcheinlich von dieſem als Fundament des jus naturale in der Weiſe benutzt worden, daß derſelbe in dem allen lebenden Weſen gemeinſamen Beſtandtheile des animus, den sensus [451]), dem Inſtincte, die Grundlage für das animaliſche jus naturale anerkannte und deſſen Kundgebungen, den appetitus, durch dieſes Recht normirt werden ließ.

Dieſe Annahme erhält eine weſentliche Unterſtützung dadurch,

450) Vergl. namentlich Epist. 76. 121. 124. de Ira I, 5., wozu Epist. 58. 66. 92. So auch Sallust. Cat. 1.: Nostra omnis vis in animo et corpore sita est: animi imperio, corporis servitio magis utimur; alterum nobis cum Diis, alterum cum belluis commune est.

451) In lib. 18. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. si quadrup. 9, 1.) ſagt Ulpian: nec enim potest animal injuriam fecisse, quod sensu caret; daß hier unter sensus nicht das den appetitus erzeugende Vermögen des Geiſtes zu verſtehen ſei, wird allgemein anerkannt, vielmehr iſt man geneigt sensus als Bezeichnung der ratio aufzufaſſen. So vollkommen dieſe Deutung mit unſerer eigenen obigen Anſicht harmonirt, ſo halte ich ſie doch für falſch, indem ich glaube, daß in obiger Stelle sensus in der Bedeutung von: Sinn für Etwas, Empfänglichkeit, Bewußtſein, ſtehe. Dieſe Bedeutung, welche ſehr deutlich hervortritt bei Senec. Epist. 121. hat sensus auch bei Ulpian lib. 33. ad Edict. (l. 22. §. 7. D. solut. matrim. 24, 3.), ſowie bei Paulus lib. 15. ad Sabin. (l. 32. §. 2. D. de acquir. poss. 41, 2.), und ſie wohnt auch dem Zeitworte sentire bei Pomponius lib. 6. ad Sabin. (l. 8. §. 2. D. de opt. vel elect. 33, 5.) inne. Anſtatt sensus ſagt Seneca in einer Parallelſtelle zu Ulpian in de Ira II, 26.: Irasci dementis est — — mutis animalibus, quia nulla est injuria, nisia consilio profecta; nocere itaque nobis possunt, ut ferrum aut lapis, injuriam quidem facere non possunt. — Ueber der Eintheilung der animalia in Thiere und Menſchen ſteht die Eintheilung in animalia und ea quae anima carent, die ſich bei Ulpian vorfindet in lib. 16. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de R. V. 6, 1.) und lib. 53. ad Edict. (l. 7. §. 1. D. de damn. inf. 39, 2.).

daß Ulpian diejenigen Erſcheinungen, welche Cicero als Kundgebungen des appetitus hinſtellt, für Rechtsverhältniſſe des animaliſchen jus naturale erklärt, indem der cura quaedam eorum, quae procreata sunt des Cicero die educatio bei Ulpian, dem conjunctionis appetitus procreandi causa die maris atque feminae conjunctio, dem vitam corpusque tueri das als jus natura comparatum bezeichnete vim vi repellere licere des Ulpian [452]) entſpricht, während deſſen liberorum procreatio entweder in der Weiſe ſich auffaſſen läßt, daß damit die auf leiblicher Kindſchaft beruhenden Verhältniſſe bezeichnet und als das Generelle der hervorgehobenen ſpecielleren Beziehung, nämlich der liberorum educatio vorangeſtellt ſein ſollen [453]), oder in der Weiſe, daß das Moment, was Cicero als Zweck der Vereinigung der Geſchlechter in einer abhängigen Wortverbindung (procreandi causa) hinſtellt, von Ulpian einerſeits in Nachahmung ſeines Vorgängers, andrerſeits mit einer übel angewandten Selbſtſtändigkeit in ſubjectiviſcher Conſtruction beigefügt wird. Vornämlich wird aber unſere obige Annahme von der Begründung, welche Ulpian ſeinem animaliſchen jus naturale gab, durch die Rückſicht geboten, daß wir allein auf dieſem Wege jenem jus naturale einen Sinn abgewinnen können, der wenigſtens in möglichſt vollkommener Maaße den Anforderungen der Vernunftmäßigkeit entſpricht, die wir mit Rückſicht auf den Standpunkt der antiken Pſychologie an einen Mann von Ulpians Bedeutung zu erheben nicht allein berechtigt, ſondern auch verpflichtet ſind. Endlich liegt aber auch ein weiterer Moment für die Richtigkeit unſerer Auffaſſung dieſes jus naturale Ulpians darin, daß Iſidor von Sevilla, der bei ſeinen Etymologiae höchſt wahrſcheinlich auch die Inſtitutionen Ulpian's benutzte und diesfalls die Lehre vom jus naturale aus dieſem Werke ſchöpfte [454]), in Orig. V, 4, 1. das jus na-

452) Lib. 69. ad Edict. (l. 1. §. 27. D. de vi 43, 16.).

453) Dies halte ich für das Wahrſcheinlichere und damit ſtimmt überein Isidor. Orig. V, 4, 1. (Vergl. Note 454.): liberorum susceptio et educatio, wie Arevalt lieſt, oder liberorum successio et educatio, wie Lindemann, ſowie Theophil. Paraphr. pr. de J. N. 1, 2.: ἡ περὶ τοὺς τεχθέντας ἀνατροφὴ καὶ σπουδή.

454) Vergl. Beilage VI.

turale als ein Recht bezeichnet, welches ubique instinctu naturae habetur.

Nach Alle dem haben wir daher, mit Rückſicht auf den vom geſammten Alterthume feſtgehaltenen Umfang des philoſophiſchen Begriffes von jus im Allgemeinen, das animaliſche jus naturale Ulpians zu beſtimmen als den Inbegriff derjenigen durch die lex naturae gebotenen Normen, welche die auf dem appetitus beruhenden gegenſeitigen Beziehungen der beſeelten phyſiſchen Geſchöpfe regeln. Während ſonach das allgemeine Requiſit, daß das dieſem jus naturale unterliegende Verhältniß oder Factum eine Beziehung des einen Rechtsſubjectes zu dem anderen involviren müſſe, einerſeits einſeitige Acte, wie das Eſſen und Trinken, ausſchließt, zieht es andrerſeits die Befriedigung des Geſchlechtstriebes, wie das darauf beruhende Verhältniß zwiſchen den Erzeugern und der Nachkommenſchaft, ebenſo wie die auf inſtinctivem Triebe beruhende natürliche Freiheit und Gleichberechtigung der lebenden Geſchöpfe und die Selbſtvertheidigung in den Kreis dieſes jus naturale herein. Daher gehören dieſem Rechte an: maris atque feminae conjunctio und insbeſondere das matrimonium [455]); ferner procreatio liberorum, worunter fällt nicht allein die educatio liberorum (ſ. oben), ſondern auch die weiteren Conſequenzen [456]), welche Ulpian ausſpricht in lib. 27. ad Sabin. (l. 24. D. de stat. hom. 1, 5.):

Lex naturae haec est, ut qui nascitur, sine legitimo matrimonio matrem sequatur;

und lib. 2. de Offic. cons. (l. 5. §. 16. D. de agnosc. et alend. 25, 3.):

Parens, quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen etc.;

ſodann der Satz des vim vi repellere licere [457]) (ſ. oben), wie endlich die Poſtulate, welche Ulpian ausſpricht in: lib. 36. ad Sabin. (l. 32. D. de R. J. 50, 17.):

Quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt;

lib. 1. Instit. (l. 4. D. de J. et J. 1, 1.):

455) Isid. Orig. V, 4, 1: viri et foeminae conjunctio.

456) Isidor. l. c. liberorum successio (susceptio) et educatio.

457) Isidor. Orig. V, 4, 2: violentiae per vim repulsio.

Quum jure naturali omnes liberi nascerentur, non esset nota manumissio, quum servitus esset incognita [458]).

Ingleichen ſtützte Ulpian auf dieſes jus naturale das Miteigenthum aller lebenden Geſchöpfe an den Elementen, worauf derſelbe hinweiſt in lib. 57. ad Edict. (l. 13. §. 7. D. de injur. 47, 10.):

Mare commune omnium est et litora, sicut aër,

und lib. 6. Opin. (l. 13. D. comm. praed. 8, 4.):

— — mari, quod natura omnibus patet [459]).

§. 57.

Fortſetzung.

(Lex naturae und jus naturale Ulpian's).

Die Erörterung des vorhergehenden Paragraphen ergab als Reſultat, daß Ulpian ein Recht anerkannte, welches, durch die natura geboten und allen lebenden Weſen gemein, auf deren Inſtinct, den sensus beruhte, und welches von ihm ex professo als jus naturale bezeichnet wurde. Allein neben dieſem jus erkennt Ulpian auch noch anderweite Gebote der natura an, welche nicht allen lebenden Weſen gemein ſind, vielmehr ausſchließlich für den Menſchen allein Recht bilden. Hierunter fällt z. B. wenn Ulpian in lib. 47. ad Edict. (l. 42. D. de V. S. 50, 16.) ſagt:

Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civilia et quasi more civitatis; utputa furtum, adulterium natura turpe est, enimvero tutela damnari, hoc non natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere;

denn da Ulpian in lib. 18. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. si quadrup. 9, 1.):

---

458) Hiermit ſtimmt überein Isid. Orig. l. c., wenn derſelbe omnium una libertas dem jus naturale überweiſt.

459) Dem entſprechend Isid. V, 4, 1.: communis omnium possessio. Ein Eigenthum an den Elementen wird erſt begründet durch das jus gentium. So Ulpian in lib. 52. ad Edict. (l. 1. §. 18. D. de O. N. N. 39, 1.): Quodsi quis in mari vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, jure tamen gentium suum facit. Auf Grund der Aufzählung der Inſtitute des jus naturale bei Isidor. l. c. bin ich geneigt zu ſchließen, daß Ulpian alle dieſelben in lib. 1. Inst. aufführte.

Pauperies est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse, quod sensu caret,

den Thieren ausdrücklich die Empfänglichkeit der auf eine Rechtsverletzung gerichteten Willensbestimmung abspricht, so können auch adulterium und furtum, indem sie durch das Gebot der natura selbst verpönt sind, nicht dem animalischen jus naturale, sondern nur einem anderen Kreise des Letzteren anheimfallen[460]). Gleiches gilt auch, wenn Ulpian lib. 6. Opin. (l. 50. D. ad l. Aquil. 9, 2.) sagt:

Naturale jus, quo superficies ad dominum soli pertinet;

indem auch hier lediglich ein solches naturale jus in Frage stehen kann, dessen peritia den Thieren nicht beiwohnt.

Endlich kommen zu diesem Belege noch alle die Stellen, welche Rechtssätze aus dem Gebiete des Obligationenrechtes dem jus naturale überweisen, wie lib. 48. ad Sabin. (l. 35. D. de R. J. 50, 17.):

Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquam dissolvere, quo colligatum est;

lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.):

Et naturalem habet in se aequitatem (sc. interdictum de precario); namque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, etc.

lib. 4. ad Sabin. (l. 1. pr. D. de pact. 2, 14.):

Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum est fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare;

lib. 29. ad Edict. (l. 11. §. 2. D. de pecul. 15, 1.):

Naturalia debita spectamus in peculii deductione; est autem natura aequum, liberari filium vel servum obligatione eo, quod in debitum videtur exegisse;

lib. 26. ad Edict. (l. 26. §. 12. D. de cond. indeb. 12, 6.):

Natura — operas patrono libertus debet.

Alle diese Stellen, deren Zahl sich noch bedeutend vermehren läßt, thuen dar, daß Ulpian in Wahrheit ein doppeltes jus naturale annimmt, und daß beide dadurch von einander sich unterscheiden, daß das eine allen animalia, das andere ausschließ-

460) In diesem Punkte ist somit die Ansicht Ulpian's weniger extrem, als die des Plinius. Vergl. §. 47 bei Note 353.

lich den Menſchen eigen iſt. Fragen wir daher, ob und in welcher Weiſe Ulpian dieſe Duplicität begründen konnte, ſo bietet ſich hierfür eine naheliegende Beantwortung: während das animaliſche jus naturale auf der allen lebenden phyſiſchen Geſchöpfen gemeinſamen Kraft des animus, auf den sensus, als dem Inſtinct beruhte und durch dieſe Gemeinſamkeit des appetitus allen animalia gemeinſchaftlich war, ſo beruht das menſchliche jus naturale auf dem höheren, nur Gott und dem Menſchen eigenen Vermögen des animus, auf der ratio, und iſt um deßwillen dem Menſchen ausſchließlich eigenthümlich. Sonach würde dieſe doppelte Weſenheit des jus naturale als nothwendige Folge der pſychologiſchen Lehren erſcheinen, welche die Vorausſetzung und Unterlage bilden, auf der Ulpian ſein Syſtem conſtruirt, während anderſeits jene Gränzbeſtimmung zugleich das Mittel bietet, die Dunkelheit zu erhellen, welche bisher über dieſe Lehre Ulpian's ausgebreitet war.

Faſſen wir nun in dieſem Sinne die Lehre Ulpian's vom jus naturale in ihrer Totalität in's Auge, ſo erkennen wir, daß das Letztere auf die nämlichen objectiven Baſen geſtützt wird, wie von Gajus und Paulus. Denn auch Ulpian geht bei Conſtruction ſeines jus naturale aus von der Betrachtung der Natur der Dinge, ſowohl im Allgemeinen, wie z. B. lib. 30. ad Sabin. (l. 4. D. de praescr. verb. 19, 5.):

> Natura rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula,

als im Beſonderen der natura der Sachen oder Verhältniſſe, ſo lib. 25. ad Edict. (l. 14. §. 13. D. de relig. 11, 7.):

> Puto, judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, quum hoc ei et actionis (sc. funerariae) naturam indulget,

lib. 46. ad Sabin. (l. 5 D. de fidejuss. 46, 1.):

> — — quia natura obligationum duarum, quas habet, ea esset, ut, quum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur.

Vergl. lib. 25. ad Sabin. (l. 6. §. 1. de pecul. leg. 33, 8.): natura legati; lib. 27. ad Edict. (l. 16. §. 3. D. de pec. const. 13, 5.): per rerum naturam stetit; lib. 70. ad Edict. (l. 1. §. 4. D. de stip. praet. 46, 5.): stipulationes natura sui cautionales; lib

13. ad l. Jul. et Pap. (l. 10. §. 1. D. testam. quemadm. ap. 29, 3.): Sui natura tabulae patefactae; vergl. auch lib. 18. ad Edict. (l. 1. §. 4—11. D. si quadrup. 9, 1.).

In dieſer natura rerum erkennt nun Ulpian gleich dem Gajus und Paulus eine derſelben immanente, ordnende, vernunftmäßige Kraft, die ratio naturalis [461]) oder natura ſchlechthin an:

lib. 2. de Offic. Cons. (l. 5. §. 16. D. de agnosc. et alend. 25, 3.)

Parens quamvis ali a filio ratione naturali debet;

lib. 1. Inst. (l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.):

Natura omnia animalia docuit;

lib. 69. Edict. (l. 1. §. 27. D. de vi. 43, 16.):

Jus natura comparatur [462]),

lib. sing. Regul. (Fr. 28, 5.):

Natura tamen cognati manent,

und der Inbegriff dieſer Gebote ratio naturalis iſt die lex naturae [463]), oder das jus naturale [464]), auch jus natura comparatum [465]), naturalia praecepta [466]), wie auch natura ſchlechthin [467]) genannt.

Dieſes jus naturale in ſeiner Totalität, welches Ulpian im

---

461) Hierher gehört wahrſcheinlich auch als aus Ulpian's lib. 1. instit. entnommen pr. J. de nupt. 1, 10.: naturalis ratio suadet, ſowie, als aus lib. 2. Inst. entnommen, §. 47. J. de interd. 4, 15.: naturalis ratio suadet. Vergl. §. 58. Note 470.

462) In den beiden letzteren Stellen läßt ſich indeß natura auch als Vermögen des Subjectes ſelbſt auffaſſen.

463) Lib. 27. ad Sabin. (l. 24. D. de stat. hom. 1, 5.).

464) Lib. 1. Instit. (l. 1. §. 3. 4. l. 4. 6. pr. D. de J. et J. 1, 1.), lib. 36. ad Sabin. (l. 32. D. de R. J. 50, 17.), lib. 6. Opin. (l. 50. D. ad l. Aquil. 9, 2.).

465) Lib. 69. ad Edict. (l. 1. §. 27. D. de vi 43, 16.).

466) Lib. 1. Instit. (l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.).

467) Lib. 47. ad Edict. (l. 42. D. de V. S. 50, 16.): natura turpia, turpe, probrum; lib. 29. ad Edict. (l. 11. §. 2. D. de pecul. 15, 1.) u. lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.): natura aequum; lib. 6. ad Edict. (l. 10. D. de V. S. 50, 16.), lib. 15. ad Edict. (l. 31. §. 1. D. de hered. pet. 5, 3.), lib. 26. ad Edict. (l. 26. §. 12. D. de cond. indeb. 12, 6.), lib. 27. ad Edict. (l. 1. §. 7. D. de pec. constit. 13, 5.): natura debere.

Gegenſatze zum jus civile auch jus commune nennt [468]), ſcheidet ſich nun im Allgemeinen weder nach Inhalt, noch nach Umfang weſentlich von dem jus naturale des Gajus, Paulus, Marcianus und Conſorten; — denn auch dieſe ziehen die Ehe, die Cognation mit ihren Rechten, die angeborene Freiheit, das Geſammteigenthum an den Elementen, das vim vi repellere, die Occupation, in ähnlicher Weiſe, wie Ulpian in den Kreis ihres jus naturale herein; vielmehr beruht die einzige weſentliche Abweichung des Letzteren von jenen auf der Beſtimmung des Subjectes, welches des jus naturale fähig iſt: während Gajus, Paulus, Marcianus und Conſorten nur dem Menſchen Kenntniß und Fähigkeit des jus naturale beilegen, ſcheidet Ulpian je nach dem geiſtigen Vermögen, an welches die lex naturae ihre Anforderungen richtet und deſſen Kundgebungen durch das jus naturale beherrſcht werden, ein doppeltes Rechtsſubject: die geſammten animalia bezüglich des jus naturale für sensus und appetitus, den Menſchen [469]) bezüglich des jus naturale für die ratio. Lediglich hierdurch bedingt, zerfällt nun das jus naturale in zwei Parthien, deren eine das animaliſche jus vertritt, deſſen Kenntniß und Fähigkeit allen lebenden Weſen gemein iſt, während der andere Theil deſſelben ausſchließliches Eigenthum des Menſchen bleibt.

468) Vergl. §. 92. unter A.

469) Hier aber auch, wie Gajus, Marcian und Paulus den Menſchen ſchlechthin, nicht bloß den freien Menſchen; denn auch dem Sclaven wird die Empfänglichkeit für die naturalis obligatio ex delicto, wie ex contractu beigelegt, ſo z. B. lib. 7. Disput. (l. 14. D. de O. et A. 44, 7.): Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent; ex constractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant, wozu lib. 30. ad Ediot. (l. 1. §. 18. D. depos. 16, 3.): solemus dicere, doli etiam in servitute commissi teneri quem debere, quia et delicta et noxae caput sequuntur, ſowie lib. 76. ad Edict. (l. 19. §. 4. D. de donat. 39, 5.): Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio; vergl. auch lib. 77. ad Edict. (l. 15. §. 35. 45. 48. D. de inj. 47, 10.), ferner lib. 43. ad Edict. (l. 32. D. de R. J. 50, 17.): Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt; wozu vergl. argum. l. 20. §. 7. D. qui testam. 28, 1. aus lib. 1. ad Sabin.

Dies ist die Theorie, welche der Lehre Ulpian's vom doppelten jus naturale vom antiken Gesichtspunkte aus zu Grunde liegt. Eine andere Frage dagegen ist, inwieweit Ulpian selbst zu einer klaren doctrinellen Anschauung dieser Lehren sich erhoben und ob er dieselben in systematischer Verarbeitung dargestellt habe. Diese Frage können wir zwar bei dem Zustande unserer Quellen nicht mit Bestimmtheit beantworten, allein doch scheint uns die Möglichkeit zu überwiegen, daß Ulpian in der That nur das animalische jus naturale auf Grund wohlbewußter Erwägung anerkennen wollte, zur Annahme des den Menschen besonderen jus naturale aber lediglich durch den Einfluß dieses der Wissenschaft seiner Zeit gemeinsamen Dogma, selbst im Widerspruche mit seinem eigenen Systeme, unbewußt verleitet wurde. Vergl. §. 92.

Allein mag die Beantwortung dieser Frage lauten, wie sie wolle, das Resultat geben die Ueberreste der Ulpianeischen Litteratur als ein unzweifelhaftes an die Hand, daß Ulpian bei der casuistischen Behandlung des Rechtes in der That jenes zwiefältige jus naturale schied; daß ferner das den animalia gemeinsame jus von ihm auf den sensus, also auf den animus, nicht auf den corpus gestützt wurde; sowie daß endlich für die theoretische Rechtfertigung des den homines besonderen jus naturale nur dessen Fundirung auf die ratio des Menschenmöglich ist.

§. 58.

Jus civile.

Das jus naturale beruhte auf der lex naturae, die nach Gajus, Paulus und Ulpianus auf eine der natura rerum inwohnende normative vernunftvolle Kraft sich stützte und in und durch die natura rerum sich offenbarte. Im Gegensatz hierzu mußte die lex civitatis in und durch die geschichtlich gegebene Gestaltung der bürgerlichen Verhältnisse sich offenbaren und auf die diesem civilis status rerum inwohnende normative vernunftmäßige Kraft, die ratio civilis sich stützen. Dagegen Marcian mußte dem Gebote Gottes, welches in der lex naturae sich offenbart, in der lex civitatis die aus der Willensbestimmung des Staates hervorgegangene und durch dessen Gebote in's Dasein gerufene Norm gegenüberstellen.

Dieſer Parallelismus findet ſich in der That, inſoweit zunächſt nach der Doctrin des Gajus, Paulus und Ulpianus die materiale Baſis in Frage kommt, auf der die beiden leges beruhen: gleichwie die lex naturae auf der ratio naturalis, ſo beruht die lex civitatis auf der ratio civilis, und in dem nämlichen Verhältniſſe, in welchem wir die ratio naturalis zum jus naturale fanden, ſteht auch zum jus civile jene ratio civilis [470]). Gleichwie daher bezüglich der lex naturae die höchſte und letzte materiale Quelle ihres normativen Stoffes in einer objectiven Beziehung aufgefaßt wurde und das Criterium jener ergab, ſo wurde auch das weſentliche Merkmal der lex civitatis darin gefunden, hervorgegangen zu ſein aus der civilis ratio.

Dieſe civilis ratio beſtimmt ſomit den Begriff der lex civitatis, und wenn gleich wir dieſen Begriff zwar nicht unter dieſer Bezeichnung in den Quellen vorfinden, ſo begegnen wir doch demſelben unter der Benennung quasi mos civitatis [471]), mores

---

470) Gajus Inst. I, 158. (§. 3. J. de legit. agn. 1, 15.): civilis ratio corrumpere potest; II, 110.: ratione civili prohibentur; III, 153.: civili ratione dicitur; lib. 4. ad Edict. prov. (l. 8. D. de cap. min. 4, 5.): civilis ratio corrumpere non potest; lib. 3. de Verb. Oblig. (l. 39. D. de neg. gest. 3, 5.): civilis ratio suadet. Ferner dürfte dem Gajus zu überweiſen ſein §. 2. J. de usufr. 2, 4.: civili ratione recipiunt, indem dieſer Paragraph wahrſcheinlich auch in ſeiner zweiten Hälfte aus lib. 2. Aureor. [Vergl. l. 3. §. 1. D. de usufr. 7, 1. und als Parallelſtelle lib. 7. ad Edict. prov. (l. 2. §. 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5.)] entnommen iſt; dem Ulpian und diesfalls ſeinem lib. 1. Inst. dürfte zu überweiſen ſein pr. J. de nupt. 1, 10.: civilis ratio suadet (Vergl. Schrader ad h. l. s. v. justas), ſowie dem lib. 2. Instit. des Ulpian der §. 4. J. de interd. 4, 15.: civilis ratio facit, indem der ganze tit. J. cit. in der Hauptſache aus Ulp. Inst. cit. entnommen zu ſein ſcheint. Dagegen wage ich nicht zu beſtimmen, welchem Werke §. 11. J. de hered. quae ab intest. 3, 1.: civilis ratio perimere non potest, civili ratione perdunt zu überweiſen iſt. Mit dieſer civilis ratio iſt nicht zu verwechſeln die juris civilis ratio (Vergl. Beilage IV. §. 3.), welche ſich findet bei Marcian. lib. 6. Instit. (l. 33. pr. D. de condit. 35, 1.): juris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est, ſowie Ulp. fr. 24, 16.: juris civilis ratio non patitur, worüber vergl. §. 68.

471) Ulpianus lib. 47. ad Edict. (l. 42. D. de V. S. 50, 16.) probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis.

civitatis[472]), legum ordo[473]), juris constitutio[474]), civilis constitutio[475]), lex specialis[476]).

Das Gebot dieſer mores civitatis iſt das jus civile, auch constitutum jus genannt[477]), während die darauf beruhenden Rechte der Perſon deren jura civilia[478]), oder jus legitimum[479]) bilden, welche häufig auch durch ſpeciellere Benennungen bezeichnet werden, z. B. als jus agnationis[480]).

Als einer Norm nun, welche auf der civilis ratio beruht und in der geſchichtlich gegebenen Geſtaltung der bürgerlichen Ver-

---

472) Paulus lib. 33. ad Edict. (l. 34. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.): quas vero natura — vel mores civitatis commercio exemerunt.

473) Tryphoninus lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.): si tantum naturale — — jus intueamur, etc.; si civile jus et legum ordinem, etc. Aehnlich bezeichnet bereits Tullius Tiro bei Gell. N. A. VII, 3. das jus civile als jus legum.

474) Paulus lib. 7. ad Sabin. (l. 16. D. de furt. 47, 2.): non juris constitutio, sed natura rei impedimento est.

475) Ulpianus lib. 41. ad Sabin. (l. 1. pr. D. de priv. del. 47, 1.): civilis constitutio est, poenalibus actionibus heredes non teneri.

476) Im Gegenſatz zur lex communis bei Ulpianus lib. 27. ad Sabin. (l. 24. D. de statu hom. 1, 5.); vergl. §. 92. unter A.

477) So von Julianus bei Paulus lib. 16. ad Plaut. (l. 20. §. 3. D. de stat. lib. 40, 7.): favore libertatis constituto jure hunc ad libertatem perventurum; Terentius Clemens lib. 5. ad leg. Jul. et Pap. (l. 25. D. de donat. inter vir. 24, 1.): jus constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit; Paulus lib. 7. ad Sabin. (l. 1. D. de act. rer. am. 25, 2.): furtum quidem eam facere, sed furti non esse actionem constituto jure. So auch Hermogenianus lib. 1. Jur. Epit. (l. 94. pr. §. 1. D. de cond. 35, 1.).

478) Gaj. I, 158.

479) Gaj. III, 27.: licet enim capitis deminutione jus legitimum perdiderint, certe cognationis jura retinent; III, 71.: legitimo jure capitis deminutione perempto evenit, ut liberi libertae cognationis jure potiores habeantur; Ulp. fr. XXVIII, 9.: licet legitimum jus agnationis capitis deminutione amiserint, natura tamen cognati manent; Paulus lib. 41. ad Edict. (l. 6. §. 1. D. de Bon. Poss. 37, 1.): quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus jus legitimum, vel non habentibus propter capitis deminutionem.

480) Vergl. §. 55. Note 443.

hältniſſe ſich offenbart, verbinden ſich mit dem Begriffe des jus civile die folgeweiſen Merkmale, daß daſſelbe an ſich nur für diejenigen, auf denen jene Geſtaltung und Ordnung der bürgerlichen Verhältniſſe als deren Trägern beruht, ſomit nur für die Bürger des Staates zur Herrſchaft berufen ſei; ingleichen daß ſeine Fähigkeit zur Herrſchaft nur eine locale und lediglich eine zeitliche ſei, indem es nur in demjenigen Staate zu herrſchen vermöge, in welchem die Verhältniſſe jene Geſtaltung an ſich tragen, und nur auf ſo lange, als jene Verhältniſſe dies erfordern; endlich daß ſein Gebot nicht weſentlich auf einem allen Menſchen gemeinſamen Rechtsbewußtſein, als vielmehr auf politiſcher Klugheits- und Nützlichkeitsrückſicht, der utilitas beruhe.

Die erſten beiden dieſer vier Conſequenzen hebt hervor Gajus Inst. 1, 1.:

> Quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis;

lib. 2. Aureorum (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.):

> Jure civili id est jure proprio civitatis nostrae[481]);

Instit. 2, 2.:

> Apparet — quaedam civili (jure alienari): nam — usucapionis jus proprium est civium Romanorum;

ingleichen Ulpianus lib. 1. Inst. (l. 6. pr. D. de J. et J. 1, 1.):

> Jus proprium id est civile;

dagegen den erſten und dritten Folgeſatz ſpricht aus Marcianus lib. 1. Inst. (§. 11. J. de J. N. 1, 2.):

> Ea, — — quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent;

endlich die erſte und vierte[482]) Conſequenz hebt hervor Paulus lib. 4. ad Sabin. (l. 11. D. de J. et J. 1, 1.):

---

481) Aehnlich Quint. J. O. XII, 2, 3.: leges quae propriae sunt populis et gentibus constitutae, im Gegenſatze zu den leges, quae natura sunt omnibus datae; Vergl. 55. Note 445.

482) Das dritte und vierte Merkmal hebt bereits hervor Tullius Tiro bei Gell. N. A. VII, 3., wenn er das jus civile als jus legum rei alicujus medendae aut temporis causa jussarum charakteriſirt.

Jus pluribus modis dicitur: uno modo etc.; altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile [483]).

So faſſen die römiſchen Juriſten auch bezüglich des jus civile in ähnlicher Weiſe, wie beim jus naturale vornämlich nur die conſecutiven Merkmale des Begriffes in's Auge und ſtellen ſolche mit mehr oder weniger Präciſion hin, während die conſtitutiven Merkmale zwar genugſam deutlich nnd beſtimmt unſerer Wahrnehmung ſich offenbaren, von jenen aber mehr in den Hintergrund zurückgedrängt und mehr in der Behandlung der Sache, als bei der Erklärung des Begriffes kundgegeben werden. Noch fehlerhafter iſt in dieſer Beziehung das Verfahren Ulpian's, wenn derſelbe in lib. 1. Inst. (l. 6. pr. D. de J. et J.) das jus civile dahin definirt:

Jus civile est, quod neque in totum a naturali — — recedit, nec per omnia ei servit; itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile efficimus;

indem in dieſen Worten lediglich durch unweſentliche Merkmale das jus civile characteriſirt wird.

Wenn ſomit im Gegenſatze zum jus naturale das jus civile als dasjenige Recht ſich darſtellt, welches auf den mores civitatis, als der durch die civilis ratio gebotenen Satzung beruht, ſo erſcheint es auch für dieſen Begriff vollkommen gleichgültig, ob das jus civile in einer der das Recht im Staate conſtituirenden äußeren Formen ſich offenbare oder nicht, indem vielmehr, gleichwie für das jus naturale, ſo auch für das jus civile in abstracto die Möglichkeit gegeben iſt, daß es ebenſowohl in ſolcher äußeren Form, wie unmittelbar in und durch den civilis status rerum als deſſen ratio der Wahrnehmung ſich darbiete [484]). Denn die Auffaſſung und Begriffsbeſtimmung des jus civile und jus naturale beruht eben darauf, daß als leitender Geſichtspunkt die letzte materiale Quelle des Rechtes erforſcht und feſtgehalten

483) Vergl. auch Paulus lib. sing. de jure sing. (l. 16. D. de leg. 1, 3.): — propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Dieſe Lehre kommt in §. 77. weiter zur Erörterung.

484) So in den der consuetudo, als dem eigentlichen Gewohnheitsrechte vorausgehenden mores.

und mit Rückſicht auf dieſe ſeine Entſtehung das Recht in jener doppelten Weiſe aufgefaßt und bezeichnet iſt. Allein weil das jus civile regelmäßig nicht in jener Unmittelbarkeit ſeiner Exiſtenz, ſondern in der durch eine rechtsconſtituirende Form vermittelten Erſcheinung als poſitives Recht der Wahrnehmung entgegentrat, ſo verband ſich mit dem Begriffe des jus civile auch regelmäßig die Vorſtellung, daß es eine mit ſolcher äußeren Form bekleidete Rechtsmaterie ſei, und indem man gleiche Auffaſſung auch der lex civilis zu Theil werden ließ, faßte man auch dieſe als formales Rechtsgeſetz auf. Hierauf deuten hin die Bezeichnungen jus constitutum (Note 477.) und jus quod populus constituit (bei Gaj. I, 1. cit.), ſowie juris constitutio und civilis constitutio (Note 474 und 475.).

Gleichwie jedoch wir ſelbſt dieſem Merkmale der formalen Pertinenz der mores civitatis und des jus civile lediglich den Character des Unweſentlichen beilegen dürfen, ſo haben auch die römiſchen Juriſten, ſoweit unſer Urtheil reicht, gegenüber den Begriffen von lex naturae und mores civitatis, von jus naturale und jus civile jenem Merkmale einen entſcheidenden Einfluß nicht eingeräumt und insbeſondere demſelben die Bedeutung des Weſentlichen nicht beigemeſſen. Hätten ſie dies gethan, ſo würde jene Eintheilung den nämlichen Doppelſinn erlangt haben, den wir bereits bei Cicero erkannten [485]), und es würde neben die letzte materiale Quelle des Rechtes der nächſte und unmittelbarſte Grund ſeiner Gültigkeit als leitender Geſichtspunkt in jene Eintheilung hineingetreten ſein, dem entſprechend dann das jus civile alles dasjenige Recht umfaßt hätte, welches auf einer äußeren rechtsconſtituirenden Form beruht, während das jus naturale nur diejenige Satzung inbegriffen haben würde, welche, ohne in ſolcher Form ſich zu offenbaren, lediglich in ihrer urſprünglichen Unmittelbarkeit exiſtirt.

Allein, wie bemerkt, haben wir bezüglich der Begriffe lex naturae und jus naturale, wie mores civitatis und jus civile, inſoweit ſolche in unſeren Quellen uns entgegentreten, keine Veranlaſſung eine derartige Trübung der Reinheit der logiſchen Ordnung anzunehmen, indem vielmehr auf dem Fernhalten der

485) Vergl. §. 39.

formalen Pertinenz des Rechtes es beruht, wenn die jura cognationis ſchlechthin dem jus naturale überwieſen werden, gleichviel ob ſie durch das S. C. Tertullianum oder Orphitianum, durch das Edictum unde liberi oder unde cognati realiſirt ſind; ingleichen wenn die Möglichkeit der Uebereinſtimmung von jus naturale und jus civile, wie der naturalis und civilis ratio in Einem Rechtsſatze anerkannt wird [486]). Wohl aber tritt jene Duplicität der Auffaſſung zu Tage in den Ausdrücken naturale und civile, wie in Beilage III. §. 5. nachgewieſen iſt, und gewinnt hierdurch auch für unſere gegenwärtige Erörterung inſofern immerhin einige Bedeutung, als dieſe Erſcheinung beweiſt, daß die maaßgebende Berückſichtigung der formalen Pertinenz des Rechtes den römiſchen Juriſten in Bezug auf die Gegenſätze von jus naturale und civile, wie lex naturae und mores civitatis nicht völlig fremd geweſen iſt, obgleich ſie hier nicht ausgeſprochen, oder wenigſtens uns nicht überliefert iſt.

Wenden wir uns endlich zu dem Begriffe des Marcianus, ſo finden wir, daß dieſer das jus civile in lib. 1. Inst. (§. 11. J. de J. N. 1. 2.) characteriſirt als:

jura, quae ipsa — quaeque civitas constituit;

und entſprechend der Beſtimmung des jus naturale haben wir dieſen Ausſpruch in dem Sinne aufzufaſſen, daß das jus civile diejenige Rechtsmaterie iſt, welche ihrem Inhalte nach erſt durch den ſchöpferiſchen Willen der civitas zur Exiſtenz berufen wird, während das jus naturale als Ordnung Gottes ſelbſt in's Daſein tritt, — eine Auffaſſung, welche die Conſequenz des Denkens erfordert, obwohl ſie bei der Dürftigkeit der Quellen nicht direct bewahrheitet werden kann; vergl. §. 89.

§. 59.

Verhältniß des jus naturale zum jus civile.

In §. 55. in Verbindung mit §. 57. beſtimmten wir im Sinne der römiſchen Juriſten den Begriff des jus naturale dahin, daß daſſelbe das durch die lex naturae gebotene jus iſt. Aus dem Weſen der lex naturae ergaben ſich ſodann vier weitere,

486) So von Gajus lib. 25. ad Edict. prov. (l. 2. D. de superf. 43, 18.), lib. 3. de Verb. Oblig. (l. 39. D. de neg. gest. 3, 5.)

conſecutive Merkmale des jus naturale, nämlich ſeine potentielle Gemeingültigkeit theils für alle Menſchen, reſp. für alle lebenden Weſen, theils in allen Staaten, theils zu allen Zeiten, wie endlich ſeine Uebereinſtimmung mit den Anforderungen der inneren Rechtsüberzeugung, der aequitas. An dieſe vier abgeleiteten Merkmale knüpfen nun die römiſchen Juriſten mehr oder minder einſtimmig eine Mehrzahl weiterer Conſequenzen, welche ſomit in letzter Inſtanz insgeſammt auf jene Weſenbeſtimmung des jus naturale ſich ſtützen und zurücklaufen. Allein auch bezüglich dieſer weiteren Merkmale waltet wiederum eine Verſchiedenheit in der logiſchen Ordnung inſofern ob, als das eine derſelben unmittelbar, das andere dagegen nur mittelbar, und lediglich durch das Medium eines früheren Folgeſatzes aus jenen bereits feſtgeſtellten vier Folgemerkmalen erſter Potenz ſich ergiebt. Dieſe Reihenfolge und innere Abhängigkeit der conſecutiven Merkmale von einander iſt bei Erörterung unſerer Lehre von Wichtigkeit, daher dieſelbe eine beſondere Aufmerkſamkeit verdient.

Von dieſen Sätzen nun, welche, von den römiſchen Juriſten ausgeſprochen, in einem Cauſalnexus mit dem Weſen des jus naturale ſtehen, ſind es drei, welche als unmittelbare Conſequenzen aus jenen vier primären abgeleiteten Merkmalen dieſes Rechtes ſich ergeben. Im Einzelnen ſtellen ſich hierbei folgende Verbindungen heraus:

Die potentielle Gemeingültigkeit des jus naturale für alle Menſchen, bei allen Völkern und zu allen Zeiten bedingt, daß dem jus naturale der Anſpruch zukömmt, durch das jus civile nicht aufgehoben zu werden;

Die potentielle Gemeingültigkeit des jus naturale für alle Menſchen und bei allen Nationen reſultirt, daß das jus naturale in potentia ein jus gentium, d. h. ebenſowohl ein jus commune omnium hominum, wie ein jus iſt, quo omnes gentes utuntur, während andrerſeits der rein nationale Character des aus der civilis ratio hervorgegangenen jus civile bedingt, daß daſſelbe ſeinem Weſen nach auch ein jus civile im Gegenſatze zum jus gentium iſt;

Die Uebereinſtimmung des jus naturale mit den Anforderungen der aequitas bedingt, daß das Erſte ein bonum et aequum iſt, wogegen das jus civile als das strictum jus ſich darſtellt.

Gleichwie nun die obigen primären conſecutiven Merkmale von Vorn herein nur als ſpeculative und potentielle dem jus naturale zukamen; namentlich Gajus aber der Wahrheit zuwider dieſelben in empiriſche und actuelle Criterien verwandelte (Vergl. §. 55); ſo wohnt auch den obigen Conſequenzen zweiter Potenz den Geſetzen der Wahrheit gemäß im Weſentlichen ebenfalls lediglich eine ſpeculative und potentielle Bedeutung inne, welche jedoch auch hier von verſchiedenen römiſchen Juriſten wiederum in eine empiriſche und actuelle umgewandelt wird. Mit dieſem Schritte verließen aber die betreffenden Juriſten für immer den Boden des geſetzmäßigen Denkens und betraten ein Gebiet, auf dem der menſchliche Geiſt, jeder höheren Ordnung entbehrend, nur in ſchrankenloſer Willkühr und Inconſequenz ſich bewegen konnte. Wir werden weiter unten dieſe Erſcheinungen im Einzelnen darlegen und erwägen, für jetzt uns mit der Hinweiſung auf das Kommende begnügend.

Die letzte jener drei Conſequenzen zweiter Potenz nun wird nicht anerkannt von Marcianus, dagegen von Gajus, Paulus, Ulpianus, und zwar vom Letzteren bezüglich des jus naturale in ſeiner Totalität; ſie wird in §. 61. in nähere Erörterung gezogen werden.

Der zweite Folgeſatz findet ſich weder bei Marcianus, noch Paulus, wird aber vertreten von Gajus und Ulpian, und zwar vom Letzteren bezüglich ſeines den Menſchen eigenen jus naturale; er wird in §. 60. in Unterſuchung kommen.

Die erſte Conſequenz dagegen bildet den Gegenſtand des gegenwärtigen Paragraphen und ſie umfaßt, inſofern ſie als actuelles Merkmal des jus naturale anerkannt wird, wiederum die doppelte Poſition:

Das jus civile kann dem jus naturale nicht derogiren,

und

Das jus civile kann dem Subjecte ſeine jura naturalia nicht entziehen, d. h., nach römiſch rechtlicher Auffaſſung ausgedrückt, die jura naturalia werden durch capitis deminutio nicht zerſtört.

Den erſteren dieſer beiden Sätze ſpricht aus:

Gajus, lib. 7. ad Edict. prov. (l. 2. §. 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5):

Nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit;

und daneben Celsus lib. 17. Dig. (l. 188. §. 1. D. de R. I. 50, 17):

Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt;

dagegen findet ſich der letztere Satz bei Gajus Inst. 1, 158. (§. 3. I. de legit. agn. 1, 15):

Agnationis quidem jus capitis deminutione perimitur, cognationis vero jus capitis deminutione non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest;

lib. 4. ad Edict. prov. (l. 8. D. de cap. min. 4, 5.):

Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est, capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest[488]);

vergl. auch Instit. 3, 27.

Ferner bei Pomponius lib. 4. ad Sabin. (l. 8. D. de R. I. 50, 17.):

Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt,

und beim Verfaſſer des Excerptes in §. 11. J. de hered. quae ab intest. 3, 1.:

Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest;

Vergl. auch Alfenus lib. 1. Epit. (l. 3. D. de interd. 48, 22.).

Was dagegen Ulpian betrifft, ſo bleibt deſſen Anſicht bezüglich des zweiten dieſer beiden Sätze zweifelhaft; es laſſen ſich hierauf beziehen lib. 2. de Off. Cons. (l. 5. D. de agnosc. et alend. 25, 3.) in den Worten:

Puto, etiam si non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus, et vice mutua alere parentes debere (l. 5. §. 1. cit.);

---

488) Savigny, Syſtem, §. 72. Bd. II, p. 105 erklärt das naturalem praestationem habere intelliguntur durch: „ſie zwecken ab auf Naturalverpflegung." Ich glaube dem auf Grund meiner Darſtellung und mit Rückſicht auf den Tenor jener Stelle widerſprechen zu dürfen. Jener Paſſus bedeutet vielmehr: praestationem juris naturalis habere intelliguntur und erſcheint lediglich als Umſchreibung von obligatio naturalis in dem Sinne, wo dieſer Ausdruck nicht die Wirkung, ſondern lediglich den Urſprung und die Quelle der obligatio bezeichnet, wofür mehrfache Belege ſich vorfinden, ſo bei Paulus lib. 3. Quaest. (l. 126. §. 2. D. de N. O. 45, 1.), indem derſelbe dort das mutuum eine naturalis obligatio nennt, ferner lib. 47. ad Sabin. (l. 10. D. de O. et A. 44, 7.), Julianus lib. 53. Digest. (l. 16. §. 4. D. de fidejuss. 46, 1.), Ulpianus lib. 40. ad Sabin. (l. 5. pr. D. de met. tut. 26, 8.). Vergl. Beilage III §. 5. sq.

ſowie:

Et si impubes sit filius emancipatus, patrem inopem alere cogetur (l. 5. §. 13. cit.);

in Verbindung mit:

Parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen etc. (l. 5. §. 16. cit.).

wozu vergl. lib. sing. Regul. (fr. 28, 9.):

Licet legitimum jus agnationis capitis minutione amiserint, natura tamen cognati manent.

Allein wenn immer dieſe Ausſprüche auf ein Anerkenntniß dieſes zweiten Folgeſatzes hinweiſen können, ſo haben wir doch dieſe Annahme zu verwerfen, weil Ulpian dem Erſteren der obigen beiden Sätze entſchieden nicht beitritt nach lib. 1. Inst. (l. 6. pr. D. de l. et I. 1, 1.):

Jus civile est, quod neque in totum a naturali — — recedit, nec per omnia ei servit,

da in dieſen Worten die Abänderung des jus naturale durch das jus civile nicht bloß als actuelle, ſondern auch als potentielle anerkannt wird; und hiermit ſtimmt auch überein lib. 27. ad Sabin. (l. 24. D. de stat. hom. 1, 5.):

Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducat[489]),

ſowie lib. 36. ad Sabin. (l. 32. D. de R. I. 50, 17.):

Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali.

Ebenſo wenig erkennen Marcian nach lib. 1. Instit. (§. 2. I. de J. N. 1, 1.: bella — orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt juri naturali contraria: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur), nebſt Florentinus nach lib. 9. Inst. (l. 4. §. 1. D. de stat. 1, 5.) und Tryphoninus nach lib. 7. Disput. (l. 64. D. de cond. indeb. 12, 6.), ſowie lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.), noch auch Modeſtinus lib. 12. Pandect. (l. 4. §. 11. D. de grad. 38, 10.), noch endlich Paulus die Unfähigkeit des jus civile an, dem jus naturale zu derogiren, indem insbeſondere der Letztere im lib. sing. de jure sing. (l. 16. D. de legg. 1, 3.) ſagt:

489) So z. B. im Falle der lex Mensia nach fr. V, 8.

Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est,

ſowie lib. 6. ad Plaut. (l. 21. D. de re judic. 42, 1.):

Et id aequum esse videatur. Sed alio jure utimur;

denn auch in der letzteren Stelle liegt die derogatoriſche Kraft des jus civile gegenüber dem jus naturale ausgeſprochen, weil Paulus dieſes Letztere für aequum et bonum erklärt; vergl. §. 69.

Müſſen wir ſomit nach Alle dem anerkennen, daß in Bezug auf die hier fraglichen Conſequenzen durchaus keine Uebereinſtimmung unter den römiſchen Juriſten herrſcht, ſo haben wir auch überdem dem Gajus, welcher jene Folgeſätze anerkannte, den Vorwurf der Inconſequenz zu machen [490]), indem derſelbe im einzelnen Falle jene Folgeſätze willkührlich wieder aufgiebt, ſo z. B. Inst. 3, 154:

Juris *enim gentium est societas, quam inire* omnes homines naturali ratione possunt [491]);

in Verbindung mit Inst. 3, 153:

Dicitur et capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti *aequiperari* dicitur;

ſowie Instit. I, 83.:

Animadvertere tamen debemus ne juris gentium regulam vel lex aliqua, vel quod legis vicem obtinet, aliquo casu commutaverit, wozu vergl. §. 84. 85.,

indem auch dieſe Stelle um deßwillen hierher zu ziehen iſt, weil Gajus das jus gentium für jus naturale erklärt; vergl. §. 82.

---

490) Mit Rückſicht auf dieſe doppelte Wahrnehmung bleibt das von Savigny, Syſtem §. 71 sq. gezogene Reſultat ohne Gewinn für den rechtshiſtoriſchen Standpunkt, wie denn z. B. der in §. 71. unter 2. aufgeſtellte Satz, daß jede actio in bonum et aequum concepta frei von der Einwirkung der cap. dem. ſei, zwar im Sinne des Gajus richtig iſt, rückſichtlich anderer Juriſten dagegen zweifelhaft erſcheinen muß; ingleichen dem unter §. 72. unter A. Ausgeführten die Stelle aus Marcian. lib. [1. Inst.] in l. 16. D. de interd. 48, 22 widerſtreitet. Allein der dogmatiſche Standpunkt iſt in der That auch grundverſchieden vom hiſtoriſchen.

491) Das von mir angenommene Cauſalverhältniß der Sätze in Gaj. III, 154 ſcheint mir das dem Zuſammenhange dieſer Stelle allein angemeſſene zu ſein; daſſelbe ſtellte bereits Heffter auf, während die Conjecturen bei Lachmann eine ſtörende Abhängigkeit der einzelnen Sätze von einander ſtatuiren.

Ebenſo gehört hierher, weil dem 2. Aureor. des Gajus zu überweiſen (ſ. §. 58. Note 470.) §. 2. I. de usufr. 2, 4.:

Constituitur autem ususfructus — — in servis, et jumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso usu consumuntur; nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. — — Sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui.

Somit erkennt zwar Gajus der Theorie nach nur das doppelte Verhältniß der Uebereinſtimmung und der einfachen Fremdartigkeit des Stoffes zwiſchen dem jus naturale und jus civile an [492]), allein im einzelnen Falle der Anwendung ſtatuirt derſelbe in Wahrheit auch einen Widerſpruch zwiſchen Beiden, in welchem dann auch dem jus civile die Uebermacht und derogatoriſche Gültigkeit gegenüber dem jus naturale zugeſtanden wird [493]). Alle dieſe principloſen Inconſequenzen erſcheinen aber nothwendig bedingt durch die bereits oben hervorgehobene Thatſache, daß Gajus das in Frage ſtehende Verhältniß des jus naturale zum jus civile als actuelles und wirklich beſtehendes anerkannte, während es vielmehr lediglich als potentielles und erſt noch zu realiſirendes aufgefaßt werden durfte, in Folge deſſen aber die Theorie des Gajus der Wirklichkeit nicht entſprach, und ſomit auch der Letzteren ſich beugen und in Widerſpruch mit ſich ſelbſt gerathen mußte.

Dahingegen von Marcianus und Ulpianus, wie muthmaaßlich auch von Paulus wird der Widerſpruch des jus civile mit dem jus naturale wahrſcheinlich auch in thesi zugelaſſen, obgleich dieſer Zwieſpalt immerhin das jus naturale an und für ſich und in potentia unberührt läßt. Während daher bei Gajus das jus civile in thesi nur eine ſuppletoriſche Bedeutung gegenüber dem jus naturale erhält, erlangt daſſelbe bei Marcianus, Ulpianus und Paulus auch eine correctoriſche Stellung.

492) So z. B. lib. 25. ad Edict. prov. (l. 2. D. de superfic. 43, 18.), lib. 3. de Verbor. Obligat. (l. 39. D. de neg. gest. 3, 5.); andrerſeits z. B. Instit. II, 65.

493) Gajus gleicht demjenigen, der eine Schwierigkeit dadurch überwindet, daß er ſie ignorirt. Sonſt hätte ihn die Conſequenz ſeiner Dogmen zu den Sätzen Cicero's führen müſſen, der das der lex naturae widerſtreitende Gebot des Staates als jus gar nicht anerkennt, vergl. §. 39. Dieſe Conſequenz konnte jedoch Gajus auch wieder nicht zulaſſen, weil ſie für einen practiſchen Juriſten etwas real Unmögliches enthält.

§. 60.

Verhältniß des jus naturale zum jus gentium.

Die zweite der in §. 59. hervorgehobenen Consequenzen, welche die römischen Juristen auf das Wesen des jus naturale und civile stützen, besteht in einer Gleichheitserklärung des jus naturale und jus gentium, wie des diesen beiden Begriffen gegenüberstehenden zwiefachen jus civile. Weil dem jus naturale die Gemeingültigkeit für alle Menschen und bei allen Völkern zukam, dem jus gentium aber von der Jurisprudenz dieser Periode ebenfalls diese doppelte Gemeingültigkeit als Merkmal beigelegt ward, so stützte man auf diese Gleichheit der Prädicate die Gleichheit der logischen Subjecte selbst, und diese Annahme trat mit um so größerer Unbefangenheit auch auf Seiten des jus civile hervor, als hier die Gleichheit des Ausdruckes die Vorstellung von einer Gleichheit der Begriffe selbst nur befördern und scheinbar rechtfertigen konnte.

Die Manipulation selbst nun, aus welcher jene Sätze hervorgingen, ist in ihren Voraussetzungen und Consequenzen, wie in ihrer Existenz und ihr Wesen in Cap. IV. eines Weiteren darzulegen und zu erwägen, während an dieser Stelle nur die Frage zur Beantwortung zu ziehen ist, ob jene Gleichheitserklärung in der That die begriffliche Selbstständigkeit des jus naturale, wie civile gänzlich absorbirt und vernichtet, diese Begriffe zu reinen Synonymen des jus gentium und jus civile herabgesetzt, und so die ganze Speculation über die letzte Quelle des Rechtes in ein reines Aggregat der Lehre vom jus gentium und jus civile verwandelt habe [494]).

Indem wir bei dieser Frage zunächst nur die Begriffe von jus naturale und jus gentium in's Auge fassen, so haben wir vor Allem anzuerkennen, wie jene Gleichheitserklärung selbst mit klaren und unzweideutigen Worten nur von Gajus sich ausgesprochen findet, mit größerer Wahrscheinlichkeit aber nur bei Ulpianus bezüglich des den Menschen eigenen jus naturale voraus-

494) So unter den Neueren: Dirksen, Verm. Schriften I. p. 204. 207. Savigny, System I. p. 112. fin. sq. Eine Verschiedenheit von jus gentium und jus naturale erkennt dagegen an Birnbaum in Creuzer, Abriß der röm. Antiquitäten, II. Aufl. p. 41. Note.

zuſetzen iſt; wie dieſelbe dagegen dem Marcianus unbedingt fremd geblieben und auch bezüglich des Paulus aus Wahrſcheinlichkeitsgründen ebenfalls als fremd zu erachten iſt. Schon dieſer Sachverhalt aber ergiebt, daß wir ſelbſt dem jus naturale in der römiſchen Rechtstheorie in Wahrheit eine vollkommene und freie, begriffliche Selbſtſtändigkeit gegenüber dem jus gentium zuzuerkennen berechtigt, wie verpflichtet ſind, und daß ſchon durch dieſe Rückſicht das von uns eingeſchlagene Verfahren einer geſonderten Darſtellung der Lehre vom jus naturale vollkommen gerechtfertigt erſcheint.

Allein ſelbſt bezüglich derjenigen Juriſten, welche jene Gleichſtellung von jus naturale und jus gentium ausſprechen, gelangen wir zu dem nämlichen Reſultate einer Selbſtſtändigkeit beider Begriffe, ſo bald wir unbefangen die Stellung prüfen, welche in den Werken, wie überhaupt in den Syſtemen dieſer Juriſten jene beiden Begriffe einnehmen.

Faſſen wir hierbei zunächſt den Fall in's Auge, daß jene Gleichſtellung des jus naturale und jus gentium eine wahre logiſche Identität beider Begriffe ſtatuire, ſo müſſen wir zwar anerkennen, daß der Mangel eines wiſſenſchaftlichen Beſinnens und die Herrſchaft gewiſſer leitender Ideen bei mehrfachen Ausſprüchen eine derartige undenkbare Annahme jenen Juriſten habe denkbar erſcheinen laſſen. Allein über dieſe Gränze der Voreingenommenheit von herrſchenden irrigen Vorausſetzungen hinaus kann auch dem Gajus, wie Ulpianus die intenſive Verſchiedenheit und Selbſtſtändigkeit der Begriffe von jus naturale und jus gentium ſchlechterdings nicht verborgen geblieben ſein. Denn das jus naturale wird gegeben durch den rein ſpeculativen Geſichtspunkt der Erforſchung der letzten materialen Quelle der rechtlichen Norm und beruht ſeinem eigenſten Weſen nach nur darauf, die durch die naturalis ratio gebotene Rechtsregel zu ſein, während das jus gentium hervorgegangen iſt aus einer durch rein hiſtoriſche Bildung gegebenen Eintheilung des Rechtes je nach deſſen Herrſchaft über das Subject, und demgemäß den Inbegriff derjenigen Rechtsſätze vertritt, denen eine Herrſchaft über alle freien Menſchen inwohnt. So erſcheint in Folge der Verſchiedenheit des maaßgebenden Geſichtspunktes das Weſen des jus naturale und jus gentium ſo disparat, daß dadurch die

Möglichkeit ausgeschlossen erscheint, daß von irgend einem Juristen des Alterthumes eine Identität beider Begriffe consequent festgehalten und durchgeführt worden sei; da vielmehr in Folge ihrer unbestreitbaren Evidenz die Wahrheit jenes Unterschiedes sofort der Wahrnehmung sich darbieten mußte, so bald der Gedanke sich freier bewegte außerhalb der Tragweite und des Gebietes der Herrschaft jener Ideen, welche als irrige Prämissen zwar die Annahme jener Identität zur Folge hatten, die aber auch nur innerhalb eines bestimmten Gesichtskreises die Klarheit des Blickes zu trüben und durch Voreingenommenheit die Freiheit der Reflexion zu fesseln vermochten.

Sehen wir indeß ab von diesem letzteren Punkte, für welchen einen directen Beweis zu erbringen in der That nicht möglich ist, so vermögen wir doch aus den Systemen des Gajus und Ulpianus selbst den Beweis der Nichtidentität von jus naturale und jus gentium dadurch zu erbringen, daß wir eine Verschiedenheit der Sphären beider Begriffe darlegen. Denn der Umstand, daß das jus gentium und jus naturale thatsächlich eine verschiedene Materie unter sich begreifen, hat zur nothwendigen Folge, daß das jus naturale in Wahrheit als selbstständiger Begriff und als eigene Wesenheit neben das jus gentium tritt.

Fassen wir daher die Sphären der Begriffe des jus naturale und jus gentium in's Auge, so nöthigt uns vor Allem die erkannte Grundverschiedenheit der Genesis beider Begriffe zu dem Anerkenntnisse, daß eine durchgreifende Gleichheit des einem Jeden von Beiden überwiesenen Rechtsstoffes denjenigen Erscheinungen zuzurechnen sein würde, die wir dem Gebiete des zufälligen Zusammentreffens zu überweisen pflegen. Denn sehen wir ab von der als nichtig sich erweisenden Annahme, daß die Rechtstheorie die durchgreifende und souveräne Machtvollkommenheit besessen habe, denjenigen Normen, die sie selbst als Postulate der ratio naturalis verkündete, sofort und im Momente solcher Offenbarung die practischen Wirkungen und die reellen Consequenzen zu erringen, welche die Satzungen und Institute des historisch gegebenen jus gentium characterisirten; so setzt jene Annahme einer Gleichheit der Materie Beider voraus, daß einerseits die historische Bildung alle Normen, welche die Theorie als Postulate der ratio naturalis hinstellte, als jus gentium reprodu-

cirt, und ſo in poſitives Recht verwandelt habe, ſowie daß andrerſeits die Geſchichte in ſtrenger Reinheit nur ſolche Satzung als jus gentium anerkenne, die der jeweilig herrſchenden Theorie durch die ratio naturalis geboten erſchien. Und eine ſolche Erſcheinung würde um ſo mehr als unerhörtes Spiel des Zufalles ſich darſtellen, als zu dem Zeitpunkte, wo Gajus und Ulpianus die Poſtulate der naturalis ratio verkündeten, das jus gentium als ein Product der Rechtsanſchauung mehrerer, in Geſinnungsweiſe und Geiſtesbildung mannichfach verſchiedener Jahrhunderte erſcheint. Hierdurch bedingt tritt denn auch in der That ein doppelter Widerſpruch zwiſchen dem jus gentium und den Poſtulaten der naturalis ratio, alſo dem jus naturale ſelbſt zu Tage.

Zunächſt nämlich erkennt das jus gentium Rechtsinſtitute an, welche durchaus nicht als Poſtulate der naturalis ratio ſich darſtellen: ſo überweiſt Ulpian lib. 38. ad Sabinum (l. 8. §. 4. D. de acceptil. 46, 4.) in den Worten:

Hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio,

die Acceptilation dem jus gentium, während andrerſeits dieſes Rechtsinſtitut der naturalis ratio völlig fremd ſteht; nicht minder überweiſt Gajus Instit. III, 133 die nomina transcripticia a re in personam, ſowie Instit. III, 93. die Stipulation, mit Ausnahme der in der Form von dari Spondes? Spondeo abgeſchloſſenen, dem jus gentium, während auch dieſe Rechtsinſtitute nach römiſcher Anſchauung dem jus naturale in keiner Beziehung unterzuordnen ſind, ja ſelbſt die gegentheilige Annahme immer nur zu dem abſurden Satze führen würde, daß gerade die Stipulationsform spondes? spondeo! der naturalis ratio widerſtrebe, dagegen alle übrigen Formen derſelben durch die Letztere poſtulirt würden.

In gleicher Weiſe ſtellt aber auch die naturalis ratio Poſtulate auf, welche das jus gentium in Wahrheit nicht verwirklicht, die vielmehr lediglich durch das jus civile realiſirt erſcheinen, und während einerſeits alle auf die Cognation geſtützten Rechte dem jus naturale überwieſen werden (vergl. §. 55 Note 443 u. §. 61), ſo iſt es andrerſeits das jus civile ausſchließlich, welches in Bezug auf hereditas und bonorum possessio dieſem jus naturale durch das S. C. Orphitianum und Tertullianum, durch das Edictum unde liberi und unde cognati Anerkennung zollt und Wirkſamkeit beilegt.

Alle dieſe Momente ſchon laſſen keinen Zweifel aufkommen, daß der Umfang des jus gentium und jus naturale in der That ein verſchiedener war, und dieſe nämliche Thatſache ergiebt ſich auch daraus, daß jus civile und jus naturale als theilweis übereinſtimmend in ihren Satzungen und Inſtituten anerkannt werden [495]), während andrerſeits der Gegenſatz von jus civile und jus gentium von der Art iſt, daß ein Zuſammentreffen Beider in Einer Satzung zu den Unmöglichkeiten des Denkens gehört.

Der wichtigſte Punkt aber, in welchem die Verſchiedenheit der Sphären des jus naturale und jus gentium am Evidenteſten und Durchgreifendſten zu Tage tritt, beruht darin, daß Beide auf ein verſchiedenes Rechtsſubject ſich beziehen, indem das jus naturale den Menſchen, das jus gentium den freien Menſchen als Träger ſeiner Gebote anerkennt [496]).

Wie wenig wir daher immerhin verkennen mögen, daß das jus gentium vergleichungsweiſe am Vollkommenſten, ja bis zu einem gewiſſen Grade vollſtändigſt dem jus naturale thatſächlich entſprochen habe, andrerſeits aber auch das jus naturale potentiell ein jus gentium war, ſo können wir doch gegenüber den hervorgehobenen thatſächlichen Verſchiedenheiten beider Begriffe den Gajus und Ulpianus von dem Vorwurfe einer idealiſirenden Darſtellung der Sache nicht frei ſprechen, vielmehr müſſen wir ſie des Fehlers zeihen, ein Verhältniß der Gleichheit von jus naturale und jus gentium fingirt zu haben, welches in Wahrheit weder als Congruenz der Sphären beider Begriffe exiſtirte, noch als logiſche Identität des Inhaltes derſelben denkbar war, während andrerſeits die practiſchen Conſequenzen ſolcher Lehre die genannten Juriſten ſehr leicht zur Erkenntniß ihres Irrthumes führen konnten.

Gerade dieſe letztere Thatſache nöthigt uns aber andrerſeits auch, in jener Gleichſtellung von jus naturale und jus gentium einen tieferen Sinn zu ſuchen. Denn ſelbſt wenn wir erwägen,

---

495) So z. B. Gaj. lib. 25. ad Edict. prov. (l. 2. D. de superfic. 43, 18.), lib. 3. de Verb. Obligat. (l. 39. D. de neg. gest. 3, 5.).

496) Vergl. einerſeits §. 55. Note 444. und §. 57 Note 469., ſowie andrerſeits §. 14 Note 39. und §. 80 Note 575.

wie eine falſche Conſequenz den denkenden Kopf zu der Annahme führen konnte, daß das jus naturale, weil es in Folge ſeines Urſprunges potentiell ein allen Menſchen gemeinſames Recht war, in dem jus gentium ſich verwirklicht habe, ſo würde doch dieſe Conſequenz, wenn ſie lediglich auf einem Fehler der Erkenntniß beruhte, unzweifelhaft aufgegeben worden ſein, ſobald ſolcher Fehler in ſeinen weiteren Conſequenzen ſich offenbarte und ſo ſelbſt wiederum zur Wahrnehmung gelangte. Dieſe Erkenntniß kann aber weder dem Ulpian, noch dem Gajus fern geblieben ſein, und wenn daher dieſelben dennoch an jenem Dogma der Gleichheit von jus naturale und jus gentium feſthielten und ſo dem eigenen Geiſte den Zwang auferlegten, wider beſſeres Wiſſen eine zwiefache und heterogene Subſtanz für Eine Materie anzuerkennen, ſo kann nicht lediglich ein Mangel an Intelligenz, ſondern es muß ein anderer Grund zur Aufrechterhaltung dieſer Lehre beſtimmt haben. Dieſer Gründe bieten ſich verſchiedene dar, welche in §. 85 näher darzulegen ſind, und unter denen insbeſondere die durchgehends practiſche Richtung der Speculation und das Beſtreben, dem jus naturale einen möglichſt practiſchen und realen Boden zu verſchaffen, als Motiv jenes Verfahrens in Betracht zu ziehen ſind. Vor Allem aber haben wir die letzte und mächtigſte Triebkraft der Feſthaltung jener Lehre von der Gleichheit des jus naturale und jus gentium zu erkennen in der Ideenrichtung ſelbſt, welche beſtimmend den Zeitgeiſt jener Jahrhunderte beherrſchte. Denn es offenbart ſich in der gegenwärtigen Periode ein Andrängen des Geiſtes, das Gebiet des jus gentium auf Unkoſten des jus civile zu erweitern, und dieſer Neigung der Zeit diente jene Hypoſtaſirung des jus naturale unter das jus gentium als die mächtigſte und ſicherſte Handhabe, im Wege einer ſpeculativen Rechtsbildung das jus civile gegenüber dem jus gentium zu ſchwächen und zu beſchränken; vergl. §. 85.

Somit nun haben wir erkannt, wie gegenüber dem jus gentium dem jus naturale ſeine volle begriffliche Unabhängigkeit und Selbſtſtändigkeit zu wahren iſt, und gleiches Verhältniß ergiebt ſich ſelbſtverſtändlich bezüglich des aus der civilis ratio hervorgegangenen jus civile gegenüber dem dem jus gentium gegenüberſtehenden jus civile, obgleich hier die Gleichheit der Be-

zeichnung, wie das innigere Zuſammenfließen beider Begriffe jene Wahrnehmung mehr erſchwert.

§. 61.

Verhältniß des jus naturale zum aequum et bonum.

Die letzte der drei Conſequenzen, welche, wie in §. 59 bemerkt, die röm. Juriſten auf die Weſenheit des jus naturale ſtützen, beſteht in der Verbindung des Letzteren und des aequum et bonum, ſowie andrerſeits des jus civile und strictum jus.

Dieſe Verknüpfung beider Gegenſätze, deren Beweis in §. 69 gegeben werden wird, findet ſich von Paulus theoretiſch ausgeſprochen, von ihm, wie von Gajus und Ulpianus practiſch durchgeführt, dagegen von Marcianus nicht vertreten, und, indem wir dieſelbe im Nachſtehenden in Erörterung ziehen, faſſen wir hierbei vornämlich nur das Verhältniß von jus naturale und aequum et bonum in's Auge, da aus ſolchem die Stellung des jus civile zum strictum jus von ſelbſt ſich ergiebt.

Daß die Gleichſtellung des jus naturale und aequum et bonum ebenſowenig zu einer wahren, logiſchen Identität beider Begriffe führt, als dies bezüglich des jus naturale und jus gentium der Fall war, bedarf eines beſonderen Beweiſes nicht. Wohl aber gewinnt dort ſolche Gleichſtellung eine bei Weitem höhere Bedeutung, als beim jus gentium, dadurch, daß jene auf eine wahre Gemeinſamkeit der Sphären Beider ſich ſtützt: es offenbart ſich in der Lehre vom jus naturale, wie vom aequum ein verwandter, ja bis zu einem gewiſſen Grade gemeinſamer leitender Grundgedanke, der, obgleich auf verſchiedenem Vehikel beruhend und ſelbſt verſchieden in der Ausführung und Bezeichnung, die ihm zu Theil ward, dennoch naturgemäßer Weiſe zu einem einigen Reſultate geführt hat.

Denn der Anerkennung des aequum et bonum, wie des jus naturale liegt gemeinſam der Gedanke zu Grunde: das Recht iſt weder Product des Zufalles, noch legislatoriſcher Willensbeſtimmung: vielmehr beſteht außerhalb des im Staate geſetzten Rechtes eine geſetzvolle Regel, welche im Allgemeinen das nämliche Gebiet der menſchlichen Beziehungen beherrſchend, wie das Recht, im Urtheile mit dieſem concurrirt. Dieſe Regel wird

als Ausfluß aus der Quelle höchster und letzter Wahrheit hingenommen und als unabhängig von legislativer Sanction und nicht bedingt durch positivrechtliche Form aufgefaßt, daher sie an sich auf rein ideeller, übersinnlicher Basis beruht.

Dieser Gedanke ward in verschiedener Weise bekundet: auf der einen Seite nur instinctiv geahnt, aber thatsächlich realisirt; auf der anderen Seite denkend erfaßt und verarbeitet; dort vom Volke, hier von den Trägern der Wissenschaft, von einem Jeden von Beiden in seiner eigenen Weise.

Das Volk, jenes einheitliche Ganze, welches im Staate zum wohlgegliederten Organismus sich erhebt und zum Körper eines gemeinsamen Volksgeistes sich gestaltet, dieses Volk ist Träger seiner eigenen, von der Staatsgewalt unabhängigen leitenden Ideen, gegenüber allen Beziehungen seines Lebens, und so auch in Hinsicht auf das Recht. Indem es nun zum Bewußtsein und zur Erkenntniß des Inhaltes dieser Ideen gelangt, wird diesen die Geltung absoluter Wahrheit beigemessen und so auch der Norm, die von dem Volke als Gesetz des Rechtes postulirt wird. Den Schwerpunkt dieser Regel und deren Ausgang sucht aber das Volk im Menschen selbst; denn wo im Widerspruche oder in der Uebereinstimmung mit dem im Staate gesetzten Rechte jene Regel zu Tage tritt, da ist es zunächst eine innere Stimme im Menschen, welche die Postulate dieser Norm verkündet. Woher aber diese innere Stimme den Stoff ihrer Anforderungen und namentlich auch die Berechtigung zu diesen entnimmt; ob der menschliche Geist aus seinen Tiefen jene Materie ureigen schöpfte; oder ob diese Regel von der Urkraft aller Dinge in die Seele des Menschen gleich mit unverlöschlichen Zügen eingegraben ist; oder ob endlich jene innere Offenbarung nur That der Reproduction einer von Außen her empfangenen Wahrheit ist; — diese Fragen lagen in Bezug auf jene selbsterzeugte Satzung zu allen Zeiten der Anschauung des Volkes fern, weil dessen Reflexion der Fähigkeit oder wenigstens der Neigung ermangelt, an sich selbst jenen Bildungsproceß zu beobachten und nach dieser Richtung hin in die Sphäre höherer Speculation sich zu erheben. So erkennt der Volksgeist in dunkel ahnungsvoller Weise jene innere Stimme als eine schöpferische Macht an; er findet in sich selbst den reichen Quell der Rechtswahrheit; er behandelt das

zur Erkenntniß gebrachte Gebot jener Stimme als höchste und letzte Wahrheit, indem er nach diesem das Recht selbst abschätzt und bemißt; allein das klare Bewußtsein über das Wesen jener Stimme mangelt; die denkende Verarbeitung der Rechtsideen fehlt; und nur ein instinctiver Trieb läßt diese Letzteren unabhängig von positiver Satzung erscheinen.

Aus jener schöpferischen Kraft des Menschengeistes floß nun her die concrete Anforderung jener Rechtsidee: das aequum et bonum oder die aequitas, während die Letztere gleichzeitig auch die Summe dieser Gebote, deren leitende Idee und maaßgebendes Princip bezeichnet und somit das abstracte Gesetz vertritt, nach welchem aus dem Volksgeiste heraus das aequum sich bildend und gestaltend hervorgeht [498]).

In der nämlichen Richtung, wie diese vulgäre Reflexion des römischen Volkes, cultivirt auch die Speculation des Aristoteles, der Stoiker und des Cicero, wie ähnlich auch die Philosophie eines Plato jene Lehre vom absoluten Gesetze des Rechtes. Auch diese suchen und finden in dem Innern des Menschen eine Stimme, welche, gleich einem Dollmetscher, das Verständniß der Gebote absoluter Rechtswahrheiten dem Menschen vermittelt. Allein nicht nur daß hier das absolute Gesetz des Rechtes zum φύσει δίκαιον oder jus naturale sich gestaltet, so erhebt und beantwortet die Philosophie auch über jenes Dogma der vulgären Anschauung hinaus die Frage nach der Natur und dem Wesen dieser inneren Stimme, wie des Gesetzes selbst, das jene verkündet: in dem Gesetze erkennt die Philosophie ein Product des schöpferischen und regierenden Waltens Gottes d. i. des λόγος oder der ratio, und die Beziehungen dieses Gebotes des Weltlogos zum Menschen vermittelt eine dem Letzteren eingepflanzte intellectuelle Kraft, ein particulärer Logos, der selbst wiederum entweder nur als Empfänglichkeit und receptive Fähigkeit, oder als ein den Inhalt des Gesetzes von Vorn herein in sich tragendes, doch bildungsfähiges Vermögen sich darstellt.

Indem nun die römische Jurisprudenz von diesen durch die Philosophie in Erörterung gezogenen Punkten vornämlich nur die Eine Frage zur Untersuchung und Beantwortung brachte,

498) Vergl. §. 68.

welches der äußere Urſprung und das objective Vehikel jener ewigen Rechtswahrheit des jus naturale ſei, ſo betrat ſie damit das der Reflexion des Volksgeiſtes fremde Gebiet und behandelte ſo das in ſachlicher Beziehung verwandte Thema in einer der vulgären Anſchauung unbekannten Richtung.

Sonach berührte die Speculation Cicero's die Sphäre der vulgären Anſchauung ganz unmittelbar, indem auch Cicero das ſubjective Vehikel jener abſoluten Rechtswahrheit unterſuchte und deren Schwerpunkt in dem Menſchen ſelbſt erforſchte und auffand, während dagegen die Forſchungen der römiſchen Juriſten nach einer ganz anderen Richtung hin ſich bewegten. Dennoch blieb dem Cicero jener parallele Gang der Reflexionen verborgen, weil ihm erging, was öfter ſchon den Philoſophen widerfuhr: der Aufſchwung des Geiſtes in die höheren Regionen ließ ihm das Nahegelegene überſehen. Denn hätte Cicero die durch die griechiſche Philoſophie gegebenen Begriffe des καλον καὶ ἀγαθόν, καλὸν καὶ δίκαιον, ἀγαθόν, καλόν, nicht durch die Bezeichnung rectum honestumque wiedergegeben, ſondern als aequum et bonum aufgefaßt, ſo würde er erkannt haben, wie die honestas ſeines Syſtems und die aequitas der Volksanſchauung in hohem Grade verwandt waren, ja bis zu einer gewiſſen Gränze die nämliche Sphäre umfaßten; und Cicero würde keine Veranlaſſung gefunden haben, eine anderweite Verbindung der aequitas mit ſeinem Syſteme auf einem künſtlichen und unhaltbaren Wege anzuſtreben [499]). Allein jene Verſchiedenheit der Ausdrucksweiſe hinderte den Cicero an Erkenntniß jener Gleichartigkeit der Begriffe, daher es der römiſchen Jurisprudenz überlaſſen blieb, mit ihrem an die Erfaſſung und Beherrſchung der vulgären Idee gewöhnten practiſchen Blicke hinter der Verſchiedenheit der Benennung und ſelbſt bei der Divergenz in Behandlung des Dogma von der abſoluten Rechtswahrheit, jene Gleichartigkeit und Verwandtſchaft der gewonnenen Reſultate und Begriffe auszuſprechen: das jus naturale iſt ein aequum et bonum, die lex naturae iſt eine aequitas d. i. eine lex aequi bonique, und die aequitas in einer etwas veränderten Auffaſſung

499) Vergl. Beilage I. §. 8.

des Begriffes iſt zugleich das leitende Princip des jus und der lex naturae, daher eine naturalis aequitas.

Sonach iſt die aequitas als lex aequi et boni gewiſſermaaßen nur das Echo der lex naturae: indem die lex naturae, jene der natura rerum immanente ratio, durch eine geiſtige Anſchauung erfaßt und erkannt wird und ſo im Geiſte des Menſchen ſich reproducirt, erſcheint ſie nun als das Gebot einer inneren Stimme und verwandelt ſich damit in die aequitas; daher die Letztere nur das ſubjective Correlat der lex naturae und deren vom Geiſte des Menſchen getragenes Abbild iſt.

So entſpricht der Gleichſtellung beider Begriffe eine Verwandtſchaft des ihnen zu Grunde liegenden leitenden Gedankens; allein darüber hinaus rechtfertigt auch eine wahre Gleichheit der Gebote Beider, eine reale Identität der Letzteren jene Gleichſtellung. Daher haben mit Recht die römiſchen Juriſten in ihrer Mehrzahl mehr oder minder direct jene Gleichheit von bonum et aequum und jus naturale anerkannt, und wenn wir bei Marcian allerdings keine Spur hiervon vorfinden, ſo erklären wir dieſe Erſcheinung daraus, daß eben Marcian inniger, als irgend welcher andere Juriſt an die Lehrſätze der Philoſophie ſich anſchloß, und hierdurch von jener Erkenntniß abgelenkt wurde [500].

Jene Identität des Inhaltes der lex naturae und der aequitas läßt ſich nun auch im Einzelnen erkennen und nachweiſen. Denn gleich wie in der zahlloſen Maſſe von Regeln, die unter dem Titel der aequitas als Anforderungen des Rechtsbewußtſeins des Volkes hervortreten; gleich wie hier inmitten der unendlichen Vielfältigkeit der einzelnen Normen vier verſchiedene Sätze ſich erkennen laſſen, welche den normativen Stoff des Rechtes erzeugen und geſtaltend auf denſelben einwirken; gleichwie endlich dieſe Sätze die generellſten leitenden Principien repräſentiren, nach denen der Volksgeiſt in ſpecielleren Poſtulaten die ihm inwohnende Rechtsidee offenbarte und verwirklichte [501]; ſo

500) So dient auch jene Erſcheinung dazu, die Richtigkeit unſerer eigenen Auffaſſung zu beſtätigen, welche wir der Behandlung der Lehre von der lex und dem jus naturae von Seiten Marcian's zu Theil werden ließen.

501) Vergl. §. 66. In dieſem §. legen wir der aequitas fünf Principien unter, allein das fünfte derſelben konnte nach dem dort Bemerkten der Natur der Sache nicht füglich als leitendes Princip des jus naturale hingeſtellt

kehren auch in dem jus naturale jene leitenden Einheiten wieder, und wirken auch hier beſtimmend auf die einzelnen Inſtitute und die ſpecielleren Satzungen der lex naturae ein. Denn auch das jus naturale erkennt an [501a]):

Zunächſt die sanguinis oder cognationis ratio [502]) d. i. das Princip der Berückſichtigung der auf die Blutsverwandtſchaft und Ehe geſtützten Verbindungen, auf welches allein bereits der Auctor ad Herennium II, 13, 19. den Begriff des jus naturae zurückführte:

Natura jus est, quod cognationis aut pietatis causa observatur; quo jure parentes a liberis et a parentibus liberi coluntur.

Daher bezeichnen nicht allein Gajus und Paulus, wie Pomponius und Papinianus die Cognation und die darauf geſtützten Rechte auf bonorum possessio, hereditas, Tutel und dergl. als die jura naturalia des Menſchen (Vergl. §. 55. Note 441—443.), ſondern auch andere Juriſten überweiſen in ähnlicher Weiſe Blutsverwandtſchaft und Ehe, ſowie die darauf beruhenden Rechte und Rechtsverhältniſſe dem jus naturale, ſo z. B. Tryphoninus lib. 20. Disput. (l. 28. §. 1. D. de liber. et post. 28. 2.); Paulus lib. sing. de portion. quae liberis damnator. conced. (l. 7. pr. D. de bon. damn. 48, 20.), lib. 2. ad Sabin. (l. 4. D. si tab. test 38, 6.), lib. 35. ad Edict. (l. 14. §. 2. 3. D. de R. N. 23, 2.); Ulpianus in den in §. 56. mitgetheilten Stellen, ſowie lib. 1. Opin. (l. 1. pr. §. 1. D. de obsequ. parent. 37, 15.); Modestinus lib. 12. Pandect. (l. 4. §. 2. D. de gradib. 38, 11.); Papinian lib. 29. Quaest. (l. 7. §. 1. D. si tab. test. null. 38, 6.) u. a. m. Vergl. auch §. 70.

Nicht minder wird dem jus naturale überwieſen das Princip der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben geboten erachtete;

---

werden, weil jenes Princip für die Rechtsbildung überwiegend nur ein formales iſt, dem jus naturale aber nur materiale Principien überwieſen werden.

501a) Die nachfolgenden vier Principien überweiſt bereits Cicero der lex naturae, jedoch mit der Diſtinction, daß das erſte derſelben der lex naturae der sensus, nur die letzten drei dagegen der lex naiurae der ratio, d. i. dem jus naturale anheimfallen. Vergl. §. 36. und 38.

502) Gajus lib. 16. ad Edict. prov. (l. 2. D. unde cogn. 38, 8.), Ulpian. lib. 2. ad leg. Ael. Sent. (l. 12. D. de manum. vind. 40, 2.); Vergl. Beilage IV. §. 4.

hierauf beruhen vornämlich die meiſten klagloſen obligationes naturales, ſo z. B. die aus dem nudum pactum, ſowie aus Verträgen mit Sclaven, nicht minder zwiſchen den durch väterliche Gewalt verbundenen Perſonen entſpringenden obligationes, in Bezug worauf auch unſer Grundſatz ausgeſprochen wird von Paulus lib. 3. Quaest. (l. 84. §. 1. D. de R. I. 50, 17.):

— natura debet, — — cujus fidem secuti sumus.

Allein auch der Character klagbarer Obligationen als naturales beruht auf dieſem Grundſatze, ſo z. B. des mutuum, welches Paulus lib. 3. Quaest. (l. 126. §. 2. D. de V. O. 45, 1.) den obligationes naturales zurechnet. Ebenſo tritt jene Beziehung deutlich hervor bei

Tryphoninus lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.):

Reus capitalis iudicii deposuit apud te centum; is deportatus est; bona ejus publicata sunt; utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? Si tantum naturale — jus intueamur, ei qui deposuit, restituenda sunt;

u. a. m. Vergl. auch §. 70.

Ferner fällt dem jus naturale zu das Princip der Zutheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil und insbeſondere von Gewinn und Verluſt, nach dem durch die Verhältniſſe gegebenen Maaßſtabe von Angemeſſenheit, ein Princip, welches in allgemeinerer Weiſe ausgeſprochen wird von

Pomponius lib. 9. ex var. Lection. (l. 206. D. de R. I. 50, 17.):

Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem;

lib. 21. ad Sabin. (l. 14. D. de cond. indeb. 12, 6.):

Hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem;

Paulus lib. 3. ad Sabin. (l. 10. D. de R. I. 50, 17.):

Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda;

und auf welches ebenſowohl die klagloſen obligationes naturales, die nicht aus Verträgen entſpringen, ſowie von den klagbaren obligationes naturales insbeſondere die obligatio in quantum locupletior factus est zurückzuführen iſt, wie dies insbeſondere von Ulpianus lib. 40. ad Sabin. (l. 5. pr. D. de auct. tut. 26, 8.):

Naturaliter tamen obligabitur, in quantum locupletior factus est,

ingleichen von Papinianus lib. 18. Quaest. (l. 25. §. 1. D. quando dies legat. 36, 2.) geſchieht. Ebenſo werden um dieſes Grundſatzes willen verſchiedene Rechtsinſtitute, ſo z. B. die condictio indebiti von Paulus lib. 10. ad Sabin. (l. 15. pr. D. de cond. indeb. 12, 6.), die Repreſſion des furtum von demſelben lib. 39. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. de furt. 47, 2.) u. a. m., wie einzelne Rechtsſätze auf das jus naturale zurückgeführt, worüber vergl. Labeo bei Ulpianus lib. 38. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. si quis testam. 47, 4.), Paulus lib. 20. ad Edict. (l. 36. §. 5. D. de hered. petit. 5, 3.), ingleichen Gajus lib. 25. ad Edict. (l. 2. D. de superf. 43, 18.), Ulpianus lib. 6. Opin. (l. 50. D. ad l. Aquil. 9, 2.) u. a. m. Vergl. auch §. 71.

Endlich erkennt das jus naturale an die voluntatis ratio [502]) d. i. das Princip der Freiheit des Willens von der Form, wie der Prävalenz des Willens gegenüber der Willenserklärung, und es wird daſſelbe theils in abſtracterer Beziehung auf das jus naturale zurückgeführt von Quint. I. O. VII, 1, 49:

Quid aliud, saepius dicam, natura permittit, quam ut, cum verba (sc. legis) contra sint, de voluntate quaeratur?

theils in ſpecielleren Conſequenzen mehrfach demſelben überwieſen, ſo namentlich von Paulus lib. 34. ad Edict. (l. 1. D. loc. 19, 2.):

Locatio et conductio, quum naturalis sit, — non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emtio et venditio;

Gajus lib. 2. Aureor. (l. 9. §. 5. D. de acquir. dom. 41, 1.):

Nihil tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi;

Ulpianus lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.):

Est natura aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutavero voluntatem.

So auch Gaj. 3, 154. u. a. m. Vergl. auch §. 72.

Die Thatſache dieſer in allgemeinen und maaßgebenden Grundzügen in Wirklichkeit obwaltenden und hervortretenden Uebereinſtimmung der Poſtulate des jus naturale und der aequitas giebt aber hier in Wahrheit dem Urtheile die Berechtigung,

503) Papinianus lib. 6. Respons. (l. 75. §. 2. D. de leg. II.) Vergl. Beilage IV. §. 4.

die von Vorn herein nur postulirte und potentielle Uebereinstimmung Beider für eine thatsächliche und actuelle zu erklären, weil in diesem Punkte die Empirie das Resultat der Speculation in der That bestätigte und reproducirte.

§. 62.

Resultat.

Ueberschauen wir nun den Raum, welchen innerhalb der antiken Rechtsphilosophie die Lehre der römischen Jurisprudenz vom jus naturale einnimmt, so finden wir, wie von dem Pantheismus der Stoiker und Cicero's die römischen Juristen einer reinen Naturphilosophie sich zuwenden. Dieser Uebergang gestattet zwar, daß die Speculation der Letzteren gegenüber den rechtsphilosophischen Systemen Griechenlands vornämlich mit den Dogmen der Stoiker, wie auch Cicero's in einen höheren Grad innerer Verwandtschaft tritt, allein gleichzeitig bedingt er auch wesentliche Verschiedenheiten Beider. Dieses doppelte Moment der Verwandtschaft, wie Verschiedenheit läßt sich in wenig Worten darlegen: Die lex naturae wird von den römischen Juristen, wie von den Stoikern auf eine ratio fundirt, und diese ratio ist Beiden eine Vernünftigkeit, die neben und außerhalb der Vernunft des Menschen selbst existirt, vielmehr in dem Universum ihren Sitz hat und sich offenbart; Beide erkennen somit in jener ratio eine objective Vernünftigkeit, eine Vernunft als Immanenz der Natur an und betrachten die Contemplation der Letzteren als das nothwendige Mittel der Erkenntniß des Sitten- und Rechtsgesetzes [504]). Allein den Stoikern ist die ratio zu-

504) Wegen der Stoiker vergl. insbesondere Plut. de Stoic. repugn. 9. §. 4.—7. und daselbst Chrysippus: Ἄκουε δὲ ἃ λέγει (ὁ Χρύσιππος) περὶ τούτων ἐν τῷ τρίτῳ περὶ Θεῶν·„ οὐ γάρ ἐστιν εὑρεῖν τῆς δικαιοσύνης ἄλλην ἀρχήν, οὐδ' ἄλλην γένεσιν, ἢ τὴν ἐκ τοῦ Διὸς καὶ τὴν ἐκ τῆς κοινῆς φύσεως· ἐντεῦθεν γὰρ δεῖ πᾶν τὸ τοιοῦτον τὴν ἀρχὴν ἔχειν, εἰ μέλλομέν τι ἐρεῖν περὶ ἀγαθῶν καὶ κακῶν.“ Πάλιν ἐν ταῖς Φυσικαῖς Θέσεσιν· „οὐ γάρ ἐστιν ἄλλως οὐδ οἰκειότερον ἐπελθεῖν ἐπὶ τὸν τῶν ἀγαθῶν καὶ κακῶν λόγον, οὐδ' ἐπὶ τὰς ἀρετὰς οὐδ' ἐπὶ εὐδαιμονίαν, ἀλλ' ἢ ἀπὸ τῆς κοινῆς φύσεως καὶ ἀπὸ τῆς τοῦ κόσμου διοικήσεως.“ Προελθὼν δ' αὖθις·„ δεῖ γὰρ τούτοις συνάψαι τὸν περὶ ἀγαθῶν καὶ κακῶν λόγον, οὐκ οὔσης ἄλλης ἀρχῆς αὐτῶν ἀμείνονος οὐδ' ἀναφορᾶς, οὐδ'

gleich der λόγος Gottes oder Gott ſelbſt, daher ihnen jene ratio gleichzeitig objectiv und ſubjectiv erſcheint, während den römiſchen Juriſten die ratio nur objectiv iſt, indem ſie, unabhängig von einer gleichzeitigen Anweſenheit Gottes, und von dieſem zwar ausgegangen, aber zugleich auch abgelöſt, ſelbſtſtändig über das Univerſum ausgebreitet iſt und in dieſem ſich offenbart.

Dieſe Verſchiedenheit im Syſteme insbeſondere betreffend, ſo iſt dieſelbe, wie bemerkt, weſentlich und durch höhere Vorausſetzungen bedingt. Denn indem den Stoikern die dem Univerſum inwohnende Intelligenz, auf der das abſolute und einige Geſetz beruht, Gott ſelbſt iſt, Gott aber oder der λόγος die Natur, gleich wie der Geiſt den Körper, durchdringt, belebt, beſeelt, und ſo, als Weltſeele, die Natur ſelbſt zu einer Intelligenz verwandelt, in der das Geſetz des φύσει δίκαιον beruht, ſo liegt nun dieſem λόγος der κοινὸς νόμος unmittelbar inne, wie der Gedanke dem Geiſte, oder vielmehr der κοινὸς νόμος, als

---

ἄλλου τινὸς ἕνεκεν τῆς φυσικῆς θεωρίας παραληπτῆς οὔσης, ἢ πρὸς τὴν περὶ ἀγαθῶν ἢ κακῶν διάστασιν.“ Γένεται τοίνυν ἅμα πρόσω καὶ ὀπίσω τῶν ἰδίκων ὁ φυσικὸς λόγος, κατὰ Χρύσιππον. (Audi quid de his dicat Chrysippus in lib. III. de Diis: „Non enim inveniri potest“, inquit, „aliud justitiae principium, alia origo, quam a Jove et communi Natura petitum. Inde enim necesse est omnia ista nos exordiri, si volumus aliquid de Bonis et Malis dicere“. Rursum in Naturalibus Propositionibus: „Non enim licet vel aliter, vel magis proprie, pervenire ad explicationem Bonorum ac Malorum, virtutis, felicitatis, quam si initium ducatur a communi Natura et mundi gubernatione“. Ac deinde: „Ab his enim suspendenda est de Bonis et Malis disputatio, quum non sit ullum aliud melius principium aut relatio; neque aliam ob rem Naturae consideratio adhibeatur, quam ad discrimen Bonorum et Malorum constituendum.“ Ergo Chrysippo auctore naturalis doctrina moralem simul et sequitur et praecedit); vergl. auch Cic. de Fin. II, 11, 34. Gell. N. A. XII, 5. Ebenſo liegt auch die Anempfehlung der Contemplation der natura in der ganzen ethiſchen Lehre Cicero's, iſt aber auch mehrfach beſonders hervorgehoben, ſo de N. D. II, 14, 37: homo ortus est ad mundum contemplandum et imitandum, u. ö.; vergl. §. 37. Note 268. Die äußere Gleichheit der Lehre Cicero's und der Juriſten tritt namentlich hervor in Stellen wie de Leg. II, 4, 10: (lex est) ratio profecta a rerum natura; nur iſt hier die rerum natura Gott ſelbſt, bei den Juriſten dagegen die Natur der Dinge. Aehnliche Stellen laſſen ſich auch aus Seneca zahlreich beibringen, ſo Epist. 4. de Benef. IV, 17. u. a. m.

der Gedanke, erfüllt vollſtändig den λόγος, als die denkende Kraft: er concentrirt in ſich, als univerſeller Kraftäußerung, das ganze Vermögen, welches der λόγος ſelbſt iſt. So durchſtrömt und beherrſcht der νόμος κοινός das Weltall, allein gleich wie der Sitz des Gedankens nie ein anderer ſein kann, als der Sitz der Denkkraft ſelbſt, ſo beherrſcht auch der κοινὸς νόμος das Weltall nicht anders, als in und mit und durch die wirkliche Anweſenheit des λόγος oder θεός und beherrſcht ſomit das Ding und Weſen räumlich, im Wege einer wahren Einſtrömung und Durchdringung der Materie. Daher gelangt auch der κοινὸς νόμος niemals zu einer eigenen, von der unmittelbarſten Verbindung mit Gott ſelbſt ſich abhebenden Exiſtenz, vielmehr iſt er ſtets nur λόγος: der Gedanke ſelbſt und ein unmittelbares Product der Denkkraft Gottes.

Dieſem Dogma von der räumlichen Exiſtenz der lex naturae ſtehen die römiſchen Juriſten fern, ja müſſen ihm fern ſtehen, weil mit der Annahme, daß auch in unkörperlichen Dingen, in Verhältniſſen und Kraftäußerungen die ratio und lex wirkt und ſich offenbart, die Lehre von einem Eindringen des Geſetzes in die Materie völlig unvereinbar iſt. Daher durchdringt nicht die lex naturae die Körper, ſondern ſie offenbart ſich nur an und in den Weſen, Dingen und Verhältniſſen, wogegen ſie in ihrer Exiſtenz unabhängig von einer räumlichen Baſe iſt. Ebenſowenig iſt auch die lex naturae die Vernunft ſelbſt oder der Gedanke Gottes, ſondern ſie erſcheint nur als Ausprägung und Ausdruck der Vernunft, als Kundgebung und Product des Gedankens.

Das Gebiet der Herrſchaft dieſes Geſetzes iſt aber den römiſchen Juriſten, gleich den Stoikern, die Geſammtheit des Erſchaffenen, das Univerſum, obgleich dieſes einheitliche objective Vehikel der lex naturae in einer veränderten Richtung erſchaut wird, weil in Folge der Verwerfung des Dogma von der räumlichen Exiſtenz des Geſetzes die ſubſtantielle Beziehung des Erſchaffenen mehr in den Hintergrund zurücktritt. Denn weil die lex naturae nicht in den Dingen ihren Sitz hat, ſondern nur an ihnen ſich offenbart, ſo erſcheint als objectiver Schwerpunkt dieſer lex nicht die natura, als das Univerſum, ſondern die natura rerum, als der Inbegriff der Eigenthümlichkeiten und be-

ſonderen Beſtimmungen der einzelnen Dinge. In dieſer natura rerum, nicht in dem Univerſum offenbart ſich daher die lex naturae, und dem entſprechend faſſen die römiſchen Juriſten nicht dieſes, ſondern jene erſtere als das Vehikel der lex in's Auge. Allein die Summe des Inbegriffenen iſt in Wahrheit die nämliche bezüglich der natura rerum, wie der natura als des Univerſum, weil jeder Theil des Univerſum auch ſeine eigene natura in ſich trägt. Inſofern daher die römiſchen Juriſten durch Beobachtung der verſchiedenen naturae der einzelnen Dinge, wie der natura rerum im Allgemeinen die lex naturae zu erforſchen und zu erkennen ſtrebten, und ſo in ſpeculativ wiſſenſchaftlicher Weiſe die Welt der Erſcheinungen ihrer Betrachtung unterwarfen, inſofern dürfen wir ſonach mit Recht in deren Verfahren die Spuren einer ächten Naturphiloſophie finden, obgleich wir andrerſeits nicht verkennen mögen, daß das beſchränkte Ziel, welches jene bei ihrer Forſchung verfolgten, eine Einſeitigkeit des Geſichtspunktes zur Folge gehabt hat.

In die natura rerum verlegen nun die römiſchen Juriſten den Sitz einer Vernünftigkeit oder vernünftigen ordnenden Kraft, der ratio naturalis, als deren Ausprägung die lex naturae und das jus naturale ſich darſtellen. Und gleichwie die ratio naturalis als eine mit der natura rerum ſelbſtgegebene, abſolute, intellectuelle Kraft ſich darſtellt, ſo repräſentiren jus und lex naturae eine Norm, welche von allem Anfang an und in Ewigkeit dem Weſen der Dinge inliegt, und an dieſen ſich offenbart. Indem daher der Menſch zum Menſchen in ein äußeres Lebensverhältniß tritt, ſo wird damit eine Regel in Bewegung geſetzt und zu maaßgebendem Urtheile berufen, welche bereits vor der Verwirklichung jenes Verhältniſſes als deſſen mögliche Norm in abstracto gegeben war, und welche durch Entſtehung jenes Verhältniſſes zu concreter Herrſchaft berufen wird und nunmehr beſtimmend und ordnend über jenes ſich ſtellt. Die Annahme der Exiſtenz ſolcher Regel bedingt aber durch die Conſequenz des Denkens mehrfache Vorderſätze als ihre entſprechenden Vorausſetzungen, welche wir in nachſtehender Weiſe aufzufaſſen berechtigt ſind.

Die Weltordnung iſt durchgreifende Harmonie, weil die Welt das vollendete Product der Weisheit Gottes iſt. Daher hat innerhalb des Weltorganismus jedes Weſen und jeder Körper

eine feste und bestimmte Stellung angewiesen erhalten, welche als systematische Einordnung des Theiles in die harmonische Construction des Ganzen erscheint und so die Regelwidrigkeit und Störung vom Universum fern hält. Hierdurch mit innerer Nothwendigkeit bedingt ist auch a priori ein bestimmtes Verhältniß gegeben, in welchem die Gattungen, Arten und Individuen der geschaffenen Wesen und Körper zu einander selbst sich verhalten; denn wo dem einzelnen Theile gegenüber dem Ganzen, da muß jenem auch gegenüber dem Nebentheile eine ein für allemal gegebene Stellung vorgezeichnet sein.

Somit beruht die Stellung der einzelnen Naturdinge zu dem Universum, wie zu ihren Nebentheilen auf einer a priori gegebenen Ordnung, in der wir eine höhere Leitung und eine bestimmende Regel anerkennen: das Walten Gottes und sein ordnendes Gesetz.

Die Stellung des Naturdinges zu seinem Nebenkörper oder Nebenwesen ist nun zwar nicht allein durch die Natur selbst in Wirklichkeit schon ihm eingeräumt und unmittelbar angewiesen, vielmehr vermag es sowohl in Folge äußeren Einflusses, wie innerer, mehr oder minder selbstständiger Kraftentfaltung andere Beziehungen zu seinen Nebendingen hervorzurufen, als jene sind, welche aus jener von Natur ihm gesetzten Stellung unmittelbar sich ergeben; allein auch diese scheinbar willkührlichen und freibeliebten Beziehungen sind als mögliche von der Weisheit Gottes berechnet, und als mögliche einer ordnenden Regel unterworfen worden, weil das Universum eben durchgreifende und vollendete Harmonie ist, um deßwillen aber innerhalb desselben keine Bewegung denkbar ist, die, als unberechnete und von aller Regel ungebundene und freibeliebte Regung, einen Mißton hervorrufen könnte. Daher ist jede mögliche Beziehung der Naturtheile unter einander durch das Gesetz Gottes a priori geregelt, und indem solche Beziehung wirklich wird, wird die dafür gesetzte abstracte Regel concret.

Mit jenem Gesetze Gottes steht nun in der innigsten wesentlichen und nothwendigen Beziehung die von Gott dem einzelnen Naturdinge gegebene Construction und Wesenbestimmung. Denn indem die Anlage und der Bau der Naturdinge je nach Gattung, Art und Individuum eine Verschiedenheit aufweist, welche

zu einer Mannichfaltigkeit und Ungleichheit der einzelnen Theile des Weltalls führt, so muß dieſe Organiſation der Naturdinge nicht allein von der Beſchaffenheit ſein, daß ſie deren Einordnung in den Bau des Weltalls ermöglicht, ſondern es muß um der Harmonie des Letzteren willen ſogar ein durchgreifender und unlösbarer Wechſelzuſammenhang zwiſchen dem Organismus des Univerſum und der Weſenbeſtimmung des Theiles obwalten, ſo daß die Letztere weder ein Mehr, noch ein Weniger enthalten kann, als jene Harmonie beanſprucht, oder duldet. Sonach entſpricht die Organiſation des Naturdinges dem Geſetze Gottes, wie dieſes andrerſeits jener vollkommen entſpricht.

Innerhalb der Weſenbeſtimmung nun, welche als Anordnung Gottes die Naturdinge gleich einer Kreislinie determinirend umgiebt, unterſcheiden wir eine zwiefältige Beſchaffenheit des dadurch gegebenen Raumes: den einen Theil, innerhalb deſſen die Anordnung Gottes, als ein von Vorn herein ſchon verwirklichter Inhalt, allein und unmittelbar beſtimmend obwaltet; und den anderen Theil jener Sphäre, innerhalb deſſen in höherem oder geringerem Grade die Entwickelung einer Beſonderheit der Individuen in Folge von Einflüſſen möglich iſt, die, jedoch immer innerhalb jener maaßgebenden Peripherie, entweder von Außen her zu dem Naturdinge hinzutreten oder aus deſſen Innerem heraus ſelbſtſtändig hervorgehen. Den Inbegriff aller der innerhalb jener Sphäre zu Tage tretenden Merkmale bildet die Natur des Weſens oder Körpers, welche die Summe der geſammten, deſſen Weſenheit beſtimmenden und ihm eigenen Merkmale iſt und als etwas Selbſtſtändiges von dem Dinge ſelbſt ſich abhebt.

Zwiſchen dieſer Natur des Weſens oder Körpers und dem das Weltall ordnenden und beherrſchenden Geſetze Gottes waltet ſonach eine innere Wechſelbeziehung ob, indem jenes Geſetz ebenſowohl die Natur des Dinges beſtimmt und zu harmoniſcher Uebereinſtimmung mit dem Weltall verbindet, wie auch ſelbſt wiederum der Natur der Dinge angemeſſen iſt und entſpricht. Wo daher immer zwei Weſen oder Körper in eine Beziehung zu einander treten, da iſt zugleich in dem Geſetze Gottes a priori eine Regel gegeben, welche dieſe Beziehung ordnet und zur Harmonie beſtimmt, eine Regel, die durch die Natur der Dinge getragen iſt und in derſelben beruht.

So nun waltet jenes Geſetz nicht allein im Gebiete der Sinnenwelt ob, hier als Naturgeſetz ſich offenbarend, ſondern es beherrſcht auch jede geiſtige Beziehung und offenbart ſich hier als Geſetz der Kunſt, wie der Moral, als Geſetz der Logik, wie der Mathematik, als Geſetz des Syſtemes des Alphabetes, wie der Ziffern. Tritt nun der Menſch zum Menſchen, ſei es an ſich, ſei es in Bezug auf einen Dritten oder eine Sache in ein äußeres Lebensverhältniß, ſo iſt auch für dieſes letztere a priori eine Regel gegeben, welche ordnend und beſtimmend über dies Verhältniß ſich ſtellt. Die ſcheinbar willkürliche und unſtete Veränderlichkeit der äußeren Beziehungen der Menſchen unter einander ruht ſonach auf der feſten Baſis geſetzvollen Geſchehens: auf jenem Geſetze Gottes, welches zu harmoniſcher Einheit die einzelnen Theile des Univerſum zuſammenfügt, und welches in der Natur des Menſchen und Dinges beruht und durch dieſelbe bedingt erſcheint. Dies iſt das Geſetz des Rechtes.

Betrachtet man jedoch die Beziehungen der Dinge und Weſen abgelöſt von jenem unmittelbaren Verhältniſſe zu Gott und ſeinem Geſetze, und faßt man die natura rerum in ihrem Gange und ihren Wechſelbeziehungen als etwas Selbſtſtändiges und auf ſich ſelbſt Beruhendes auf, ſo tritt an die Stelle der Regierung Gottes eine ordnende Kraft, und ſein Geſetz verwandelt ſich in eine der natura rerum ſelbſt zukommende Norm. Und weil in dieſer ordnenden Kraft eine Vernünftigkeit ſich offenbart, ſo ſtellt ſich, bedingt durch ſolche Anſchauungsweiſe, jene Kraft als ratio naturalis dar, d. i. als die von ihrem Träger abgelöſte, der natura rerum eigene Vernunft; die ordnende Regel ſelbſt aber wird zur lex naturae, d. h. zum Geſetze, in welchem dieſe Kraft ſich offenbart und die natura rerum beherrſcht. —

Alle dieſe Sätze finden ſich zwar nirgends in unſeren Quellen direct ausgeſprochen; ja es wäre Thorheit, behaupten zu wollen, daß dieſelben genau in der gegebenen Beſtimmtheit und Präciſion dem Bewußtſein der römiſchen Jurisprudenz ſich vergegenwärtigt hätten. Allein die Behauptung vermögen wir aufzuſtellen und feſtzuhalten, daß die Conſequenz des Denkens jene Sätze als die nothwendigen Prämiſſen der Lehre erfordert, welche wir in unſeren Quellen in trümmerhaftem Stückwerk überliefert erhalten.

Vielmehr bildet in unſeren Quellen der Satz: die natura rerum iſt der Sitz einer vernünftigen ordnenden Kraft, der ratio naturalis, die Poſition, die im Allgemeinen die Gränze bezeichnet, mit welcher unſere Kenntniß der Philoſophie der römiſchen Juriſten abſchließt, indem wir nur von Marcian noch höhere Oberſätze überliefert erhalten. Ob jedoch die römiſchen Juriſten auf eine tiefere Begründung ihrer Lehre von der ratio naturalis wirklich verzichtet und ihr Syſtem ſogleich mit dieſem Begriffe begonnen haben, ohne den Urſprung und das Weſen dieſer Kraft bis in die höheren Regionen der Speculation zu verfolgen und ohne in den oberſten Sphären geiſtiger Potenzen nach dem Urquell, dem Schöpfer und Träger jenes Geſetzes zu forſchen; oder ob nur der rhapſodiſche Zuſtand unſerer Quellen die höheren philoſophiſchen Speculationen zu erkennen uns hindert; dieſe Frage muß dahingeſtellt bleiben, wenn ſchon wir dieſelbe im Allgemeinen zu verneinen geneigt ſind. Das Eine glauben wir jedoch als ſicher annehmen zu dürfen, daß die römiſchen Juriſten im Allgemeinen die ratio naturalis nicht als eine der natura rerum originäre und primitive Kraft anſahen, ſondern daß ſie, die Annahme eines göttlichen Weſens ihrer Weltanſchauung zu Grunde legend, dieſe Annahme auch, gleich dem Marcian, mit ihrem rechtsphiloſophiſchen Syſteme in Verbindung ſetzten und ſo der ratio naturalis einen höheren Ausgang beilegten. Iſt aber dieſe Vorausſetzung gerechtfertigt, ſo erkennen wir damit zugleich eine hohe und innige Verwandtſchaft, welche zwiſchen dieſer Theorie der römiſchen Juriſten und jenen Sätzen obwaltet, die einer der geiſtreichſten Denker des angehenden 18. Jahrhunderts ausſprach. Denn Montesquien eröffnet den esprit des lois mit den Worten:

> Les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses: et dans ce sens tous les êtres ont leurs lois; la Divinité a ses lois; le monde matériel a ses lois; les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois; les bêtes ont leurs lois; l'homme a ses lois.
>
> Ceux qui ont dit, „qu'une fatalité aveugle a produit tous les effets que nous voyons dans le monde," ont dit une grande

absurdité: car quelle plus grande absurdité qu'une fatalité aveugle qui aurait produit des êtres intelligents?

Il y a donc une raison primitive; et les lois sont les rapports qui se trouvent entre elle et les différents êtres, et les rapports de ces divers êtres entre eux. etc. etc.

§. 63.

Fortſetzung.

(Reſultat.)

Die Stellung, welche gegenüber dem im Staate herrſchenden Rechte das jus naturale der Jurisprudenz einnimmt, iſt eine doppelte: es erſcheint daſſelbe einerſeits als Satzung, die als poſitives Recht bereits ausgeprägt iſt und gilt; andrerſeits aber auch als Norm, die, ohne ſolche Verwirklichung als wahres Recht erfahren zu haben, an ſich auf rein ideeller Grundlage beruht. Hier iſt das jus naturale in der That nur bloße Rechtsmaterie, nicht aber ſelbſt ſchon Recht; dort iſt daſſelbe wahres und wirkliches, ein ſogenanntes poſitives Recht. Nicht minder iſt auch innerhalb dieſer doppelten Weſenheit des jus naturale deſſen Stellung wiederum inſofern eine doppelte, als einestheils demſelben eine rein theoretiſche und ſpeculative, andrerſeits aber auch eine empiriſche und practiſch wirkſame Bedeutung zukömmt.

Faſſen wir zunächſt das jus naturale in ſeiner Beziehung als reine Rechtsmaterie und reine ideelle Norm in's Auge, ſo tritt deren lediglich ſpeculative und rein potentielle Bedeutung in verſchiedenen der in §. 59. citirten Stellen, ſowie aus der hierſelbſt gegebenen Darſtellung, am deutlichſten aber bei Marcianus zu Tage, wenn derſelbe in lib. 1. Instit. (§. 2. I. de J. N. 1, 2.) ſagt:

jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur,

ſowie ebendaſelbſt (l. 2. D. de nat. rest. 40, 11.) die libertas als die natalia bezeichnet,

in quibus initio [505]) omnes homines fuerunt,

während er andrerſeits ebendaſelbſt (l. 2. D. de nat. rest. cit. u. l. 5. §. 1. D. de stat. hom. 1, 5.) das servum nasci als em-

505) Initium bezeichnet nicht allein die zeitliche Uranfänglichkeit, ſondern wie das griechiſche ἀρχὴ auch das Princip ſelbſt.

piniſche und actuelle, unzweifelhaft maaßgebende Rechtsſatzung des poſitiven Geſetzes anerkennt.

Dagegen eine actuelle und practiſche Bedeutung gewinnt dieſes ideelle jus naturale dann, wenn die römiſchen Juriſten in ihren auf das Practiſche gerichteten wiſſenſchaftlichen Kundgebungen neue und ungekannte Regeln des jus naturale enthüllen und dieſer neuen Rechtsſchöpfung zugleich die Verwirklichung als maaßgebende Norm, als poſitives Recht beimeſſen. Dieſe Bedeutung [506]) des jus naturale tritt vornämlich zu Tage theils in den Reſponſen, theils in den Controverſen der römiſchen Juriſten, inſofern hier das jus naturale den Inhalt der neu aufgeſtellten Rechtsnorm bietet. So offenbart ſich z. B. das jus naturale in dem Reſponſum bei Javolenus lib. 1. Epist. (l. 23. §. 2. D. de acqu. poss. 41, 2.):

> Quaero: si vinxero liberum hominem, ita ut eum possideam, an omnia, quae is possidebat, ego possideam per illum?
>
> Respondi: si vinxeris hominem liberum, eum te possidere non puto; quod quum ita se habet, multo minus per illum res ejus a te possidebuntur; neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possim, quem civiliter in mea potestate non habeo;

wie anderntheils in der bekannten Controverſe zwiſchen den Sabinianern und Proculianern über die Specification [507]), wie dies berichtet wird von Gajus lib. 2. Aureor. (l. 7. §. 7. D. de acqu. dom. 41, 1.):

> Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant, hunc dominum esse, qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui

---

506) Auf dieſe Bedeutung insbeſondere des jus naturale deutet bereits, obwohl in entfernterer Weiſe, hin Cicero de Inv. II, 22, 67.: Ac naturae quidam jura minus ipsa quaeruntur, quod neque in hoc civili jure versantur et a vulgari intelligentia remotiora sunt; ad similitudinem vero aliquam aut ad rem amplificandam saepe sunt inferenda; vergl. §. 41.

507) Ob die verſchiedenen Schulen eine verſchiedene Stellung zur Lehre von dem jus naturale eingenommen, laſſe ich für gegenwärtig dahingeſtellt ſein. Nach Dirkſen, Beiträge p. 46 sq. würde dies anzunehmen ſein.

materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset; quia sine materia nulla species effici possit; wozu vergl. Gaj. Inst. II, 79. (In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur etc.).

Sodann die Stellung des jus naturale als wahren und positiven Rechtes betreffend, so ist solche eine rein theoretische und speculative, insoweit dasselbe in die historisch gegebenen Gegensätze im Rechte hineingetragen und hier dem jus gentium, wie dem aequum et bonum untergelegt wird. Denn indem hierbei das jus naturale dem Zwecke dient, als speculatives Fundament den darauf basirten Rechtscomplex in höherer wissenschaftlicher Weise zu rechtfertigen und diese Materie aus ihrem bisherigen Stadium einer rein positiven und historischen Existenz herauszuheben und sie als Ausfluß der Quelle höchster und letzter Rechtswahrheit darzustellen, insoweit, sagen wir, ist die hierdurch bedingte Bedeutung des jus naturale eine rein theoretische, die lediglich durch wissenschaftliches Bedürfniß geboten ist.

Allein indem jene Verschmelzung des jus naturale mit jenen historischen Elementen gleichzeitig dazu dient, das Gebiet des jus gentium auf Kosten des jus civile, des aequum et bonum zum Nachtheile des strictum jus zu erweitern, insoweit dient jene Verbindung den Anforderungen des Zeitgeistes selbst, und insoweit tritt neben jene theoretische Bedeutung auch eine practische, weil insoweit das jus naturale zu einer Potenz sich erhebt, welche mit dem historisch gegebenen Stoffe neue und tief in den rechtlichen Verkehr eingreifende Wirkungen verknüpft und so den Rechtsstoff selbst in Wahrheit einer wesentlichen Umwandlung unterwirft.

Insoweit nun die römischen Juristen das jus naturale im positiven Rechte selbst aufsuchen und darlegen, so erscheint ihre Stellung völlig verschieden von der der früheren Philosophen. Denn während die auf das Practische gerichteten Bestrebungen eines Cicero im Wesentlichen in der Aufgabe sich concentrirten, ein Rechtsgesetz zu finden, welches ein Normalrecht ergab, das erhaben stand über allen positiven Legislationen; so erscheinen die römischen Juristen in jener Beziehung als Philosophen des positiven Rechtes selbst, bestrebt, innerhalb desselben die höhere Rechtswahrheit zu enthüllen; und während das jus naturale der

Philoſophie dem Naturrechte im modernen Sinne gleicht, ſo repräſentirt das jus naturale der Jurisprudenz in der obigen Beziehung lediglich das abſolute Element im poſitiven Rechte.

Allein gleichzeitig nehmen die römiſchen Juriſten auch den Standpunkt der Philoſophie ein, inſofern ſie das jus naturale als ideelle Norm behandeln, die entweder als reines Ideal des Rechtes vorgezeichnet oder als Normalquelle des poſitiven Rechtes verwirklicht wird. Hierbei bewegt ſich die römiſche Jurisprudenz auf dem Gebiete der rein ſpeculativen Reflexion, und hier iſt es der dem denkenden Geiſte eigene Drang zur Erforſchung der Wahrheit, die Liebe und Luſt an abſtracter Speculation, die auf dieſes Gebiet herüberleitet. Dennoch gewinnt auch hier die Reflexion eine unmittelbare practiſche Wichtigkeit, ja es iſt dieſelbe in ihrem Auftreten rein hiſtoriſch zu erklären, daraus nämlich, daß hierzu die Jurisprudenz eine dringende und unmittelbare Aufforderung durch das practiſche Leben ſelbſt empfing. Denn von den Rechtsſchöpfungen längſt vergangener Jahrhunderte war der Geiſt der jüngeren Zeit gebannt und gehemmt, und in der erforderten freien Bewegung gehindert durch ein Recht, welches, den bürgerlichen Verhältniſſen der Jugend Rom's entſprechend, dem gereifteren Alter der Stadt nicht allein ungenügend, ſondern ſelbſt als beengende Feſſel erſchien, während andrerſeits dieſen Zwang unmittelbar im Wege der Legislation und durch offene Aufhebung des Veralteten zu beſeitigen, wiederum die allen freien Völkern eigene, der gegenwärtigen Periode angeborene inſtinctive Anhänglichkeit an die Inſtitutionen der Vorzeit widerſtrebte (vergl. §. 4.). Beiden Neigungen Rechnung tragend, ſuchte daher der Volksgeiſt auf Umwegen und in einer weniger weitgreifenden, directen und offenkundigen Weiſe jenen Bann zu löſen, und die Zauberformel hierfür bot das Dogma von der lex naturae, wie von der aequitas. Geſtützt auf dieſe Lehre untergrub nun und vernichtete die Rechtswiſſenſchaft Hand in Hand mit den Edicten der Magiſtrate und den Conſtitutionen der Kaiſer allmählig das dem Zeitgeiſte widerſtrebende alte Recht und erſchuf neue Satzungen, durch innere Wahrheit erhaben über Raum und Zeit.

Auf dieſem Gebiete wiſſenſchaftlicher Behandlung des jus naturale lag daher die nächſte Aufgabe der Jurisprudenz darin,

die drängenden Anforderungen des Lebens und des geschäftlichen Verkehres zu befriedigen, und hierin liegt zugleich das vermittelnde Moment, welches mit den innigsten Banden jenes ideelle jus naturale an die reale Wirklichkeit fesselt; dagegen in der Aufstellung des jus naturale als des vollendeten Ideales allen Rechtes macht das Bestreben sich geltend, den Ansprüchen der reflectirenden Vernunft zu genügen, und dieses Streben wiederum vermittelt einen steten Zusammenhang jener auf das Practische gerichteten Thätigkeit mit der theoretischen Speculation.

§. 64.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Indem die römische Jurisprudenz bei ihren der Bearbeitung des jus naturale gewidmeten Bestrebungen die Aufgabe sich stellt, jenes Recht, sei es als verwirklichtes innerhalb des positiven Rechtes, sei es als noch zu verwirklichendes darzulegen, so schlägt sie nun hierbei einen Weg ein, dessen Richtung bereits durch die Wesenbestimmung des jus naturale selbst sicher angedeutet war: die Erforschung der natura rerum und der hieraus sich ergebenden Gesetze.

In jedem Rechtsverhältnisse bietet sich aber der prüfenden Anschauung wenigstens Eine Person, Ein Object und Eine Beziehung Beider zu einander dar, auf der der Begriff des Verhältnisses selbst beruht, daher auch die Erforschung des jus naturale nothwendig von einer Betrachtung jener drei Objecte der Anschauung ausgehen und die Erkenntniß der Merkmale derselben, auf welchen deren natura beruht, sich zur Aufgabe stellen muß. Allein bei dem absoluten Character des Rechtes können in der That inmitten der zahllosen Merkmale der Personen, Objecte und Verhältnisse stets nur einige wenige als die bestimmenden Factoren für die zu findende Rechtsregel und als diejenigen Momente anerkannt werden, welche den wesentlichen Thatbestand determiniren, der selbst wiederum der erkannten Norm als factischer Anknüpfungspunkt für ihre Verwirklichung dienet. Daher muß ein bestimmter Werthmesser vorhanden sein für eine derartige abschätzende Beurtheilung der in der natura der Menschen, Dinge oder Verhältnisse inliegenden einzelnen Merkmale,

und einen ſolchen Maaßſtab bieten gewiſſe allgemeinere, bereits gegebene Principien, welche ſonach die leitenden Geſichtspunkte bei Erwägung der juriſtiſchen Relevanz jener Merkmale bilden, und die Richtung beſtimmen, nach welcher der Blick die natura erſchaut und erforſcht. Dieſe allgemeineren Principien ſind aber ſelbſt wiederum auf noch allgemeinere Principien zu reduciren, bis endlich in dieſer nach ſyſtematiſcher Folge vom Beſonderen zum Allgemeinen ſich ordnenden Stufenleiter der Poſitionen die oberſten und letzten Rechtsprincipien erreicht ſind, welche bei den in den Quellen uns entgegentretenden entſprechenden Operationen der römiſchen Juriſten als bereits gegebene ſich uns offenbaren. Dieſe allgemeinſten und höchſten Principien, nach Maaßgabe deren die Gebote der lex naturae in der in §. 55. fin. angedeuteten Weiſe ſich entwickeln, ſind aber vornämlich die in §. 61. u. §. 66. dargelegten vier Sätze: jene von der wiſſenſchaftlichen Speculation adoptirten Sprößlinge des Volksgeiſtes. Von ihnen aus geht das Licht, in welchem die natura rerum erſchaut wird; ſie offenbaren das Criterium, das aus der unendlichen Vielheit der Merkmale, welche die natura des Dinges bilden, das einzelne relevante heraushebt; ſie bilden in Wahrheit das Mittelglied, welches die natura rerum in eine innere Verbindung mit den geſellſchaftlichen Zuſtänden ſetzt, und erſcheinen als das befruchtende Element, durch welches der natura eine lebensfriſche Weisheit abgewonnen wird, als das Element, welches das Geſetz des Weltalls ſelbſt zur ſchlichtenden und ordnenden Regel für den Menſchen umwandelt. Außer jenen vier Principien werden zwar dem jus naturale noch andere Sätze von mehr generelleer Faſſung untergelegt, ſo das τὴν πίστιν συνιστάναι von Modestinus lib. 4. Excusat. (l. 13. §. 7. D. de excus. 27, 1.), das parere patriae von Pomponius lib. sing. Enchirid. (l. 2. D. de J. et J. 1, 1.); die uranfängliche libertas aller Menſchen von Marcianus lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1, 2. und l. 2. D. de natal. rest. 40, 11.); das vim vi repellere von Florentinus lib. 1. Inst. (l. 3. D. de J. et J. 1, 1.), wie von Gajus lib. 7. ad Edict. prov. (l. 4. pr. D. ad l. Aquil. 9, 2.) und Ulpianus lib. 69. ad Edict. (l. 1. §. 27. D. de vi 43, 16.), wozu vergl. lib. 18. ad Edict. (l. 5. pr. D. ad l. Aquil. 9, 2.) und Paulus lib. 10. ad Sabin. (l. 45. §. 4. D. eod.); allein meiſt ordnen ſich derartige Sätze

den obigen vier Principien durch irgend welche Beziehung unter und erſcheinen als deren Ausfluß und concretere Anwendung, oder wir haben wenigſtens denſelben die allgemeine Bedeutung und den ausgebreiteten Einfluß abzuſprechen, den wir den obigen vier Geſetzen beizumeſſen haben.

Jene vier Principien ſtellen ſich nun in der gegebenen Faſſung als Tendenzen dar, welche das jus naturale ſelbſt in ſeinen Poſtulaten verfolgt, und in dieſer Beziehung treten dieſelben auch in der That in den Quellen uns meiſtentheils entgegen, weil den römiſchen Juriſten bei ihrer Stellung als conditores juris jene Auffaſſung am Nächſten lag. Allein wenn immerhin die Juriſten ſelbſt jene vier Sätze in der Form und Faſſung ausſprechen, daß ſie dieſelben als die von ihnen bei ihren Reſponſen befolgten Principien offenbaren, ſo liegt doch in der Natur der Sache, daß jene Sätze zugleich zur maaßgebenden Regel für das Verhalten des Privatmannes ſich geſtalten, und in dieſer präceptiven Beziehung enthalten dieſelben dann die Vorſchriften: die auf Blutsverwandtſchaft und Ehe beruhenden Verbindungen zu reſpectiren; im rechtlichen Verkehre Treu und Glauben zu bewahren; Jedem das Seine zu gewähren und mit Niemandes Nachtheil ſich zu bereichern; ſowie endlich weder die Freiheit der Willensbeſtimmung des Andern zu beeinträchtigen, noch auch in fraudem getroffener Beſtimmungen zu handeln. Die erſte Vorſchrift enthält das Gebot der pietas, die zweite Vorſchrift das Gebot der fides i. e. S., die vierte das Verbot der captio; dagegen das Verhalten, welches allen jenen Vorſchriften entſpricht, iſt die bona fides, während das denſelben widerſprechende Verhalten der dolus malus iſt.[508])

So finden wir in jenen vier praecepta juris naturalis im Weſentlichen die nämlichen Sätze wieder, welche bereits Cicero dem jus naturae überwies (§. 38. Vergl. §. 61. Note 501[a]), nur daß dieſelben in dem Munde der Juriſten eine präciſere Haltung und beſtimmtere Faſſung gewonnen haben. Allein die Stellung ſelbſt, welche dieſe Sätze von Cicero und von den Juriſten dieſer Periode angewieſen erhalten, iſt in der That eine verſchiedene, inſofern als ihre Hauptbedeutung bei Cicero darin

508) Vergl. Beilage VII.

beſteht, die Vorſchriften der lex naturae als bindende Regeln für das Verhalten jedes Einzelnen zu geben, während bei den Juriſten, wie bemerkt, der Schwerpunkt ihrer Bedeutung darin liegt, daß ſie von dieſen ſelbſt als die leitenden Geſichtspunkte bei Feſtſtellung des jus naturale feſtgehalten werden und ſo zu Repräſentanten der Poſtulate ſich erheben, in denen die Richtung des jüngeren Rechtsbewußtſeins der Nation ſich offenbart und ſuppletoriſch, wie correctoriſch dem von Alters überliefertem Rechte gegenübertritt.

Durch die Gemeinſamkeit jener vier Principien auf Seiten des jus naturale und des aequum et bonum wird endlich auch eine Gleichheit der auf denſelben beruhenden einzelnen Rechtsinſtitute und Rechtsſätze begründet und damit auch jene Uebereinſtimmung wiſſenſchaftlicher und volksthümlicher Anſchauung in das Gebiet der ſpecielleren Rechtsbeſtimmungen übergetragen. Ja dem aufmerkſameren Beobachter des Alterthumes wird nicht entgehen, daß jene Verwandtſchaft des Reſultates der wiſſenſchaftlichen Speculation mit den Poſtulaten des Rechtsbewußtſeins des Volkes auch noch in anderen Sphären hervortritt, als da, wo es ſich um ein eigentliches Gebot der aequitas handelt. So ſchildert die römiſche Volksſage das goldne Zeitalter Italiens als einen Zuſtand, dem die Sclaverei völlig unbekannt war:

> Regni ejus (Saturni) tempora felicissima feruntur cum propter rerum copiam, tum etiam, quod nondum quisquam servitio vel libertate discriminabatur[509]);

eine Sage, die ſich auch wiederſpiegelt in den bei den Saturnalien üblichen Sitten und Gebräuchen. Hierauf mögen wir mit Sicherheit die Thatſache ſtützen, wie dem Geiſte des römiſchen Volkes ureigen die Idee inwohnte, daß die Sclaverei dem urſprünglichen und natürlichen Zuſtande der Dinge widerſtreite und lediglich durch die Macht der bürgerlichen Verhältniſſe in's Leben gerufen ſei. Wenn nun dieſen nämlichen Satz die wiſſenſchaftliche Speculation aufſtellte, ſo mochte dieſelbe vermeinen, durch eigne und ſelbſtſtändige Forſchung eine neue Wahrheit

509) Macrob. Saturn. I, 7.; Justin. Hist. Phil. 43, 1.: Italiae cultores primi Aborigines fuere: quorum rex Saturnus tantae justitiae fuisse traditur, ut neque servierit sub illo quisquam, neque etc.; vergl. auch Interpret. Maii ad Virg. Georg. II, 538.

aufgefunden zu haben. Wir aber erkennen, wie die Wiſſenſchaft nur einen Gedanken ausſprach, der ſeit Jahrhunderten ſchon im Geiſte des Volks geſchlummert, und erkennen, wie ſolche Anſchauung des Volksgeiſtes beſtimmend auf den Ideengang der wiſſenſchaftlichen Speculation einwirkte.

Indem nun die römiſchen Juriſten der bezeichneten Weiſe in dem jus naturale eine Norm conſtruiren und als jus anerkennen, welche ihrem Weſen nach auf rein ideeller Grundlage beruht, ſo geben zugleich hiermit dieſelben, gleich den Philoſophen, den durch die Vernunft gebotenen, durch die Geſchichte geheiligten Begriff des jus auf: jenen Begriff, deſſen weſentliches Merkmal darin beſtand, eine Norm zu ſein, die durch eine ſinnlich wahrnehmbare Form dem ihrer Herrſchaft Unterworfenen erkennbar und zugängig iſt. Denn während es ein weſentliches Merkmal des Rechtes im normalen Sinne iſt, daß ein äußeres, wahrnehmbares Zeichen die Exiſtenz der normirenden Regel bekunde und daß der Rechtsſatz in Geſetz, oder Gewohnheit oder wiſſenſchaftlicher Kundgebung ſich verkörpere, ſo wird für das jus naturale eine ſolche körperliche Hülle nicht erfordert: es iſt eine Regel, welche nur geiſtig exiſtirt, ohne ein äußerliches Criterium ſeiner Exiſtenz zu haben.

Durch dieſes Dogma zerſtören ſomit die römiſchen Juriſten die äußere Gränzbeſtimmung des jus und geben das letztere dem freien und unberechenbaren Schalten des Gedankens preis, das durch jene formale Exiſtenz des Rechtes gegebene ſichere und unzweideutige Criterium mit dem ſchwankenden und unzuverläſſigen Merkmale einer inneren Probemäßigkeit vertauſchend. Ja hiermit ſtatuiren dieſelben zugleich nothwendig einen Widerſtreit des Rechtes mit ſich ſelbſt, zwiſchen dem poſitiven Geſetze nämlich und der lex naturae, ein Widerſtreit, der mit Nothwendigkeit durch den Gegenſatz der Speculation und der Geſchichte geboten iſt, und der auch von den römiſchen Juriſten ſelbſt einſtimmig anerkannt wird. Nur in dem einen Punkte diſſentiren die Letzteren, in der Frage nämlich, ob im Zwieſpalte zwiſchen jus civile und naturale jenes oder dieſes prävalire, indem Marcianus, Paulus und Ulpianus das Uebergewicht des jus civile anerkennen, währens Gajus das alle ſtaatliche Ordnung bedrohende Dogma von der Prävalenz des jus naturale nach dem Vorgange

des Cicero wenigstens aufstellt, wenn auch, da solche Lehre in ihrer Consequenz sich selbst vernichtet, im Einzelnen nicht durchzuführen vermag.

Allein die großen Gefahren, die aus solcher Lehre dem Staate, die bedeutenden Uebelstände, die bei der Rechtspflege daraus der bürgerlichen Gesellschaft erwachsen; sie wurden großentheils beseitigt und verringert dadurch, daß die römischen Juristen in der That nur die legislativen Organe des Staates waren und namentlich sich selbst als die Verkündiger des jus naturale betrachten. Und wie dieselben einerseits dem Richter die Befugniß absprechen, zuwider dem im Staate gegebenen Rechte Recht zu sprechen, so mag andrerseits wohl kein irgend wichtiger Rechtsfall ohne Responsum eines Juristen der richterlichen Entscheidung unterbreitet worden sein. Als legislative Organe des Staates erscheinen aber die Träger der Rechtswissenschaft insofern, als, abgesehen von der inneren Macht wissenschaftlicher Autorität, auch die in dem jus respondendi ihnen zu Theil gewordene decretive Gewalt sie zu rechtsconstituirender Thätigkeit ermächtigte. So verwandelt sich das jus naturale und aequum et bonum im Momente der Erkenntniß und Offenbarung sofort in wahres jus, nach dessen Maaßgabe dann das Urtheil über spätere Fälle sich gestaltete. Hierdurch aber wird für die römischen Juristen eine Stellung begründet, wie sie in der Weltgeschichte einzig ist: sie sind Philosophen auf dem Gebiete des Rechtes, Erforscher letzter und höchster Wahrheit, allein indem sie, meist im Hinblick auf den concreten Fall, das Wahre erforschen und das Erkannte verwirklichen, verbinden sie mit der Freiheit und Ungebundenheit der Speculation die Lebensfrische der Praxis und die Macht, dem abstracten Satze die Verwirklichung zu sichern. So gleichen sie nicht der Mehrzahl der griechischen Philosophen, die, auf der Wanderung durch unbekannte Gefilde neue Schätze der Weisheit sammelnd, solche, gleich der Pythia, in unverständlichen Orakelsprüchen dem Volke verkünden, sondern sie gleichen dem Künstler, der die Gesetze des Schönen durch freies Studium der Natur erkennt und in verständlicher Form wiedergiebt und verwirklicht.

Wenden wir uns endlich zur Erörterung der Abgränzung des jus naturale gegen die übrigen Gebote der Ethik, so kann es

ſchon a priori einem Zweifel nicht unterliegen, daß die moderne Gränzbeſtimmung, welche Moral und Recht ſcheidet, der Jurisprudenz dieſer Periode völlig unbekannt war. In dieſem Punkte verlaſſen, ja irre geleitet von der Philoſophie [510]), kann die Jurisprudenz bei ihrer noch geringeren Fähigkeit in Behandlung höchſt abſtracter Fragen unmöglich in ſich ſelbſt die Kraft und den freien Blick gefunden haben, zur Erkenntniß jener Gränzſcheide ſich zu erheben. Die Beſtätigung dieſer Thatſache finden wir ebenſowohl in einem Hereinziehen rein moraliſcher Elemente auf das Gebiet des jus naturale, wie des poſitiven Rechtes, als auch in einzelnen Aeußerungen der Wiſſenſchaft. So wird den Geboten des jus naturale ebenſowohl erga deum religio und das parentibus et patriae parere [511]) beigeordnet, wie die Verpflichtung zur Wiedervergeltung einer empfangenen Schenkung [512]) und die Verbindlichkeit des Freigelaſſenen zur Leiſtung von operae officiales, d. i. von Liebes- und Ehrendienſten [513]). Nicht minder wird, was das poſitive Recht betrifft, die causa pietatis durch soluti retentio geſchützt [514]), ſowie die pietas der Kinder gegen die Eltern als Rechtspflicht anerkannt und erzwungen [515]), während andrerſeits eine rechtliche Verpflichtung zur Dankbarkeit ſowohl für den Freigelaſſenen gegen den Patron im Allgemeinen, als für den beſchenkten Freigelaſſenen gegen den Patron als Schenker insbeſondere anerkannt und durch Rechts-

---

710) Einen ſehr ſchlagenden Beweis, wie weit die Philoſophie jener Zeit von einer theoretiſchen Scheidung von Recht und Moral noch entfernt war, bietet Senec. de Benef. III, 6—8. Seneca wirft hier die Frage auf: warum giebt es keine Klage gegen den Undankbaren? Die Unzuſtändigkeit ſolcher ingrati actio deducirt er mit verſchiedenen Argumenten, aber kein einziges derſelben enthält den Hauptgrund, der darin beſteht, daß die Gewährung der gratitudo, als einer rein moraliſchen Verpflichtung, ſich nicht durch Rechtsvorſchriften erzwingen läßt.

511) Pomponius lib. sing. Enchirid. (l. 2. D. de J. et J. 1, 1.)

512) Ulpianus lib. 15. ad Edict. (l. 25. §. 11. D. de hered. pet. 5, 3.).

513) Ulpianus lib. 26. ad Edict. (l. 12. §. 6. in fin. D. de cond. ind. 12, 6.); vergl. Schilling, Inſt. §. 283. zu Note d.

514) Julianus lib. 10. Dig. (l. 32. §. 2. D. de cond. indeb. 12, 6.).

515) Ulpianus lib. 1. Opin. (l. 1. pr. D. de obsequ. parent. 37, 15.). Tryphoninus lib. 17. Disput. (l. 10. D. eod.)

mittel realiſirbar gemacht wird [516]). Endlich für die Rechtstheorie iſt am Bezeichnendſten, daß Ulpian in lib. 1. Instit. (l. 1. §. 1. D. de J. et J. 1, 1.) es für eine Aufgabe des Juriſten erklären konnte, die Menſchen „bonos efficere“ [517]).

Zwar wird nun andrerſeits das honestum und das quod licet ganz beſtimmt geſchieden [518]), allein die Umwandelung, die der Begriff der honestas des Cicero in dem Munde der Juriſten erfuhr, beſteht nicht darin, daß die honestas als Moral vom jus ſich abgehoben und geſchieden hätte, vielmehr bezeichnet bei ihnen honestas ebenſo, wie boni mores lediglich den durch die Sitte des bürgerlichen Lebens gebotenen Anſtand und die Schicklichkeitsrückſichten, ein Begriff, deſſen Sphäre allerdings einen Theil der Moralgebote mit umfaßt, allein andrerſeits wiederum theils mehr, theils weniger unter ſich begreift, als die Moral [519]).

Sonach können wir mit Beſtimmtheit den Satz aufſtellen, daß die römiſchen Juriſten das jus naturale von den übrigen

---

516) Den erſten Punkt betreffend vergl. Puchta Institut. §. 220. Note t. und v., ſowie Ulpianus lib. 66. ad Edict. (l. 9. D. de obsequ. 37, 15.); der Schutz des Rechtes auf Dankbarkeit von Seiten des emancipirten Sohnes gehört erſt der folgenden Periode an (vergl. l. un. C. de ingrat. liber. 8, 50.); den zweiten Punkt betreffend vergl. Schilling Institut. §. 363. ad not. 9., vergl. auch denſ. l. c. not. v. Da jedoch die Dankbarkeit der Natur der Sache nach nicht als Rechtsgebot denkbar iſt, ſo verwandelte ſich jenes Gebot ohne Weiteres in die Vorſchrift eines beſtimmten äußeren Verhaltens, welches man als Criterium der Dankbarkeit anſah; ſo Commodus bei Modestin. lib. sing. de manumiss. (l. 6. §. 1. D. de agnosc. et alend. 25, 3.), Paulus lib. 1. Sontent. (l. 19. D. de jur. patron. 37, 14.); hiermit aber veränderte ſich eben der Character der Verpflichtung.

517) Dagegen nicht unter dieſen Geſichtspunkt fällt die Bezeichnung bonum in dem Ausdrucke bonum et aequum, indem eine Beziehung auf die moraliſche Qualität wenigſtens von Vorn herein nicht darin liegt. Bonum et aequum iſt vielmehr ein einheitlicher Begriff.

518) So namentlich Modestinus lib. sing. de rit. nupt. (l. 42. pr. D. de R. N. 23, 2. und l. 197. D. de R. J. 50, 17.): Non solum, quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit.

519) Vergl. namentlich Pomponius lib. 5. ad Sabin. (l. 7. D. de usu 7, 8.) und Papinianus lib. 16. Quaest. (l. 15. D. de condit. instit. 28, 7.). Die Richtigkeit meiner Begriffsbeſtimmung erhellt faſt aus jeder Stelle, daher ich mich begnüge auf die bei Brisson. de V. S. s. vv. gegebenen Belege zu verweiſen.

Geboten der Ethik nicht nach dem modernen Gesichtspunkte der Scheidung von Recht und Moral abgränzten, sondern daß jene dabei eine andere Gränzbestimmung annahmen, wobei wir allerdings durch die Beschaffenheit unserer Quellen nicht in den Stand gesetzt sind, mehr als die Vermuthung aufzustellen, daß auch die römische Jurisprudenz dem Einflusse der Lehre der Stoa und Cicero's von den sogen. vier Cardinaltugenden sich untergeordnet habe.

Wie sehr jedoch immer jene Unbekanntschaft der Gränze von Moral und Recht durch ihre Consequenzen die gesunde Entwickelung und Fortbildung des Rechtes zu bedrohen scheint, so haben doch die römischen Juristen — und Nichts spricht mehr als dies für ihren hohen juristischen Tact, — in instinctiver Weise den Fehler vermieden, das Gebiet des Rechtes auf Kosten seiner inneren Harmonie und seines reellen Werthes durch ein Hereinziehen rein moralischer Verhältnisse practisch und thatsächlich erweitern zu wollen. Vielmehr ohne bewußte und klar erkannte Distinction jener beiden Elemente klären sich doch dieselben von einander ab, indem die Moral zwar die im Rechte ihr gebührende untergeordnete Stellung, aber auch nur diese eingeräumt erhielt [520]).

520) Vergl. namentlich Ulpian. lib. 3. ad Edict. (l. 18. D. de poen. 48, 19.): cogitationis poenam nemo patitur; Paulus lib. 39. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de furt. 47, 2.): sola cogitatio furti faciendi non facit furem.

Drittes Capitel.

Aequitas.

§. 65.

Aequitas im Allgemeinen.

Von dem Zeitalter Cicero's ausgehend, erlangt mit der gegenwärtigen Periode die aequitas eine höhere Wichtigkeit in ihrer Stellung gegenüber dem Rechte, und dies vornämlich dadurch, daß in einer allgemeineren und weitgreifenden Beziehung ihre Bedeutung für das Privatrecht auch von den Organen der Rechtsbildung, wie von den Trägern der Rechtswissenschaft anerkannt und verwirklicht wird. Denn während im Zeitalter Cicero's die vulgäre aequitas nur in einer einzelnen speciellen Richtung von der Wissenschaft adoptirt und gepflegt ward, dagegen in allen übrigen Beziehungen lediglich dem Gesichtskreise der volksthümlichen Anschauung anheim fiel, so tritt nun mit der gegenwärtigen Periode die aequitas frei von der ihr auferlegten Beschränkung in das wissenschaftliche Bewußtsein und in die Sphäre einer doctrinellen Reflexion ein und gewinnt so einen bei Weitem gewichtigeren und weitgreifenderen Einfluß auf das Privatrecht. Dennoch finden wir inmitten der wissenschaftlichen aequitas dieser Periode die specielle aequitas Cicero's wieder, und indem wir somit in dieser einen leitenden Grundidee den Anknüpfungspunkt erkennen, der die Anschauung beider Perioden verbindet, so werden wir nun den Uebergang von der dem Zeitalter Cicero's eigenthümlichen Stellung der aequitas in der Rechtstheorie zu der der gegenwärtigen Periode eigenen wissenschaftlichen aequitas in der Weise vermittelt zu denken haben, daß die wissenschaftlichen Organe der Rechtsbildung jene vereinzelte Beziehung der aequitas in der Theorie des Zeitalters Cicero's allmählig erweiterten, derselben mehr und mehr den

innerlich verwandten, homogenen Stoff beifügten, und ſo der wiſſenſchaftlichen aequitas ſchließlich auch die gleiche Sphäre unterbreiteten, welche der vulgären aequitas bereits ſeit längerer Zeit unbeſtritten zukam.

Die Herrſchaft der aequitas im Allgemeinen giebt ſich nun auch in der gegenwärtigen Periode theils thatſächlich, theils durch ausdrückliche Anerkennung derſelben, ſomit alſo in der zwiefachen Modalität kund, daß ebenſowohl unter dem Einfluſſe derſelben die Neubildungen im Rechte in Wirklichkeit erfolgen, als auch im Munde der wiſſenſchaftlichen Organe des Rechtes, wie in den Kundgebungen römiſcher Wiſſenſchaft und Lebens überhaupt die aequitas vielfach erwähnt und in ihren Wirkungen anerkannt wird. Dort erſcheint ſie in Wahrheit als das Agens im Proceſſe der Rechtsbildung und als ſolches läßt ſie ſich nachweiſen vornämlich in den Schöpfungen der Magiſtrate, der Kaiſer und der Juriſten; hier giebt ſie nur Kunde von dieſer ihrer Wirkſamkeit, und dies geſchieht vornämlich durch die Juriſten, in untergeordneter Maaße durch Kaiſer, faſt gar nicht durch die Magiſtrate. Vornämlich das Hervortreten der aequitas in dieſer letzteren Modalität bezeichnet nun ihre Herrſchaft auf dem Gebiete wiſſenſchaftlicher Anſchauung und dies allein fällt auch unſerer gegenwärtigen Erörterung anheim, da ihre thatſächliche Wirkſamkeit dem III. Theile zu überweiſen iſt. Dagegen hört die vulgäre aequitas auf, den Gegenſtand einer ſelbſtſtändigen und beſonders geführten Unterſuchung zu bilden; denn weil wir derſelben die gleichen leitenden Grundideen, und ſomit im Weſentlichen den nämlichen Inhalt, wie der wiſſenſchaftlichen aequitas zuzuerkennen haben, ſo erhebt ſich nun die letztere, indem die Wiſſenſchaft nunmehr Trägerin und Repräſentantin der vulgären Rechtsideen wird, zum bewußteren wiſſenſchaftlichen Ausdrucke dieſer Ideen, neben dem die volksthümliche Auslaſſung ſelbſt weder etwas Beſonderes bieten, noch ein ſelbſtſtändiges Intereſſe in Anſpruch nehmen kann. Indem daher die Wiſſenſchaft zur Anſchauung des Geſammtinhaltes der vulgären aequitas emporſteigt, werden die Letztere und die wiſſenſchaftliche aequitas wieder congruent, und dies ergiebt, daß die Erſtere eine getrennte Unterſuchung nicht zu beanſpruchen hat.

Bei den Juriſten dieſer Periode finden wir jedoch eine doppelte, völlig verſchiedene Auffaſſung von der Stellung der aequitas zum Rechte vor, indem einestheils das Letztere mit jener völlig identificirt, anderntheils aber daſſelbe als ein von ihr geſchiedenes ſelbſtſtändiges Ganze anerkannt wird.

Die erſtere Annahme, welche das Recht in ſeiner Totalität für übereinſtimmend erklärt mit der aequitas, findet ſich meines Wiſſens lediglich in zwei Stellen ausgeſprochen, nämlich von Celſus bei Ulpian. lib. 1. Instit. (l. 1. pr. D. de J. et J. 1, 1.):

Jus est ars boni et aequi,

ſowie von Ulpian l. c. (l. 1. §. 1. D. cit.), wo jus durch boni et aequi notitia umſchrieben wird. Entſpräche dieſen Begriffsbeſtimmungen eine beſondere Auffaſſung der aequitas, ſo würde, indem aller Unterſchied derſelben vom jus geleugnet wird, damit zugleich die gemeine Vorſtellung von der Erſteren verworfen und damit einer neuen Anſchauungsweiſe ein Gebiet eröffnet ſein. Allein wir vermögen den vereinzelten Ausſprüchen, in denen jene Begriffsbeſtimmungen inneliegen, nicht einmal die Bedeutung einzuräumen, daß wir hinter denſelben eine innere Verbindung mit Cicero's rechtsphiloſophiſchem Begriffe der aequitas anerkennen dürften. Da vielmehr Celſus, wie Ulpian durchaus keine practiſchen Conſequenzen auf jene Identificirung von jus und aequitas ſtützen, ſondern im Uebrigen der Letzteren die nämliche Stellung zum Rechte einräumen, wie alle übrigen Juriſten, ſo haben wir in der That jene Definitionen lediglich auf eine idealiſirende Auffaſſung des Rechtes zurückzuführen, oder richtiger noch, wir haben jene Begriffsbeſtimmung für eine reine, wahrſcheinlich nach Maaßgabe des καλὸν καὶ δίκαιον der Stoiker geförmelte Phraſe zu erklären, welche den Mangel einer genügenden Begriffsbeſtimmung des jus erſetzen ſollte [521]). Wenn daher jene Definitionen, wie bemerkt, eine beſondere und abweichende Auffaſſung der aequitas gar nicht vertreten, ſo können wir dieſelben auch ohne Weiteres auf ſich beruhen laſſen und zu der anderen, allein maaßgebend hervortretenden Anſchauung uns wenden, welche die aequitas als ſelbſtſtändig neben dem Rechte ſtehende Potenz und zwar ebenſowohl

521) Vergl. hierüber §. 93.

in partieller Uebereinſtimmung, wie Disharmonie mit demſelben anerkennt.

§. 66.

Die von der aequitas vertretenen Rechtsprincipien.

Die aequitas, als eine ſelbſtſtändig neben dem Rechte ſtehende Potenz, vertritt die jüngſte Rechtsanſchauung der römiſchen Nation, wie ſolche unabhängig von dem gegebenen Rechte im Verlaufe der Zeiten und unter der Einwirkung der Verhältniſſe jeweilig ſich geſtaltete (§. 4.). Daher laſſen ſich die Poſtulate der aequitas nicht a priori beſtimmen, ſondern lediglich auf empiriſchem Wege erkennen: das Maaß der Anforderungen der aequitas und deren Richtung liegt lediglich dem Zeitgeiſte inne, bedingt durch den Standpunkt, den die Nation in ihrer organiſchen Entwickelung, den der römiſche Volksgeiſt in ſeinem Perfectionsproceſſe erreicht hat.

Der eigenthümliche Geiſteszug, welcher die gegenwärtige Periode im Allgemeinen characteriſirt und insbeſondere auch in der Rechtsanſchauung ſich kund giebt, war aber bedingt durch Thatumſtände, welche bereits in früheren Jahrhunderten allmählig zu Tage traten und nach und nach, an Ausbreitung und Zahl zunehmend (§. 4.), auch an intenſiver Kraft gewannen. So erlangen jene äußeren Umſtände einen Einfluß auf die von Alters herrſchende Ideenrichtung der Römer, der, wenn auch faſt unſichtbar und nur allmählig einwirkend, doch unwandelbar und ſtetig den Zeitgeiſt afficirt, nach einer neuen, ganz beſtimmten Richtung hinlenkt, und ſchließlich zu einer tiefgreifenden Umgeſtaltung der geſammten Anſchauungsweiſe der Nation führt. Die Kundgebungen dieſes Einfluſſes nehmen wir bereits in der vorigen Periode in mannichfachen Spuren wahr; in der gegenwärtigen Periode tritt ſein ſtilles Wirken allgemeiner und deutlicher hervor und giebt ſich insbeſondere in der hier fraglichen Beziehung in einer faſt totalen Umwandlung der Rechtsanſchauung der Römer kund. Namentlich iſt es hierbei die griechiſche Philoſophie, deren läuternder und aufklärender Einfluß mit der gegenwärtigen Periode allgemeiner und beſtimmter und mit voller Kraft zu Tage tritt und der in ſeinen weitgreifenden Folgewirkungen auf den römiſchen Volksgeiſt auch gegenüber der aequitas ſich zu erkennen giebt (Vergl. §. 4. 44. sq.).

So nun cultivirt in Folge des Krieges und des wissenschaftlichen, wie commerciellen Verkehres mit auswärtigen Nationen; geläutert durch fremde Wissenschaft und Kunst, durch fremde Sitten und Lebensanschauungen; zu höchster intellectueller Bildung namentlich durch die eindringenden Forschungen der griechischen Philosophie erhoben, schreitet jetzt der Geist Roms auf den Trümmern der Freiheit der Republik und inmitten des Verfalles von Tugend und Sitte vorwärts, zu größerer Unbeschränktheit der Anschauung, zu vollkommenerer Freiheit der Idee, zu seiner letzten Vollendung auf dem Gebiete der Wissenschaft und Kunst sich zu erheben. Allenthalben die herrlichsten Früchte hervorbringend, führt dieser neue Geist insbesondere auf dem Gebiete des Rechtes zu einer völlig veränderten Anschauung und erzeugt Ideen, welche vornämlich von den Juristen in ihren Responsen, von den Magistraten in ihren Edicten, von den Kaisern in ihren Constitutionen zu deutlicherem Bewußtsein emporgehoben, in Worten verkündet und so in naturgemäßem Kreislaufe wiederum ihrer Quelle zu lichterer Vorstellung zurückgeführt werden. So erwuchs und so ward erkannt die aequitas im Rechte, — ein Element, welches, ein ächtes und wahres Kind des Volksgeistes, mit lebensfrischem Hauche das jus durchdrang, und mit einem freieren, jener alten Neuzeit entsprechenden Geiste die Rechtsbildung befruchtete, und versöhnend den Zwiespalt zwischen dem Rechtsbewußtsein der Nation und dessen eigener Schöpfung vermittelte.

Der Strom dieser neuen Rechtsideen ergoß sich in reicher und schwellender Fülle — scheinbar in buntem, regellosem Wirbel, als ungeordnetes Chaos. Allein dem aufmerksameren Beobachter wird nicht entgehen, daß nicht allein jener Strom eine ganz bestimmte gegebene Richtung unwandelbar verfolgt, sondern daß auch inmitten jener weitgreifenden Bewegung mehrere einzelne leitende Ideen hervortreten und als partielle Strömungen in der großen Fluthung sich abgränzen.

Jenen letzten und allgemeinsten Gedanken darzulegen, der als leitender die gesammte Rechtsbildung dieser Neuzeit beherrscht und ihre Richtung bestimmt, dies muß dem IV. Theile überlassen bleiben; dagegen diese einzelnen Richtungen, welche durch mehr specielle und weniger abstracte Grundideen getragen

werden, haben wir gegenwärtig nachzuweiſen, inſoweit ſie ſich in der Ausdrucksweiſe des Alterthumes kund geben, während ihre practiſche Verwirklichung zu beobachten dem III. Theile anheimfällt.

Fünf Hauptrichtungen ſind es, in denen die aequitas dieſer Periode in der Rechtsbildung ſich offenbart, wie auch verwirklicht:

1. In dem Principe der Berückſichtigung der auf die Blutsverwandtſchaft und Ehe geſtützten Verbindungen, von Gajus lib. 16. ad Edict. prov. als sanguinis ratio, von Ulpianus lib. 2. ad l. Ael. Sent. als ratio cognationis [522]) bezeichnet;

2. In dem Principe der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben geboten erachtete;

3. In dem Principe der Zutheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil, und insbeſondere von Gewinn und Verluſt nach dem durch die Verhältniſſe gegebenen Maaßſtabe von Angemeſſenheit;

4. In dem Principe der Freiheit der Willenserklärung von poſitiv und geſetzlich gegebener Form, wie überhaupt der Prävalenz der Willensbeſtimmung gegenüber der Willenserklärung, ein Princip, welches von Papinianus lib. 6. Respons. voluntatis ratio genannt wird [522]); endlich

5) In dem Principe der Berückſichtigung der Individualität der concreten Verhältniſſe.

Auf der erſten Tendenz beruhen z. B. das S. C. Orphitianum und Tertullianum, das prätoriſche Erbrecht, die Mehrzahl der Gründe des beneficium competentiae [523]) u. a. m.; auf die zweite ſtützen ſich die meiſten obligationes naturales; der dritten gehören ebenfalls einzelne Fälle der obligationes naturales, ſowie überhaupt alle die Conſequenzen an, welche man auf den Satz ſtützte: nemo cum alterius damno locupletior fiat; der vierten fällt zunächſt die allmählige Beſeitigung der solemnitates juris anheim; ſodann die Berückſichtigung von error und metus bei den Handlungen und bei den Rechtsgeſchäften insbeſondere,

522) S. Beilage IV. §. 4.

523) Vergl. namentlich Ulp. lib. 31. ad Edict. (l. 63. pr. D. p. soc. 17. 2.).

ſowie die Repreſſion von fraus und vis im Allgemeinen; nicht minder die Interpretation von Geſetzen, wie Rechtsgeſchäften nach dem Gedanken des Conſtituenten; endlich die fünfte Tendenz giebt ſich kund in dem Streben, den Richter, wie den Cognoscirenden überhaupt in die Lage zu ſetzen, die Individualität des concreten Verhältniſſes in höherer und ausgedehnterer Maaße zu berückſichtigen, und hierauf beruhen einestheils die condemnationes infinitae und cum taxatione, ſowie anderntheils der Vorbehalt der Cognition über eine justa causa u. dgl. [524]).

Im Einzelnen nun iſt der Character jener fünf Principien weſentlich verſchieden; denn ſehen wir ab davon, daß, indem der Maaßſtab für alle jene Principien zunächſt immer nur in der Anſchauung der Nation gemeinſam beruht, doch bei dem erſten und vierten Principe eine abſolute oder reſp. natürliche Baſis deutlicher hervortritt, ſo waltet namentlich eine weſentliche Verſchiedenheit darin ob, daß die erſten vier material, dagegen das fünfte an ſich formal iſt, und daß ſomit, hierdurch bedingt, die erſteren den Schwerpunkt ihrer practiſchen Bedeutung in der Rechtsbildung, das letztere aber ſolchen in der Rechtspflege findet. Denn jene erſten vier Principien wirken ganz unmittelbar und poſitiv geſtaltend, in Wahrheit material beſtimmend: die Rechtsmaterie wird unter ihrem Einfluſſe ſubſtantiirt und geſchaffen, indem die einzelnen Rechtsinſtitute und Rechtsſätze nach Maaßgabe dieſer vier Principien ſich geſtalten und ſo als die Abbilder dieſer dieſelben in concreter Faſſung und weniger allgemeiner Beziehung reproduciren. Dagegen das fünfte Princip wirkt an ſich in rein formaler und negativer Weiſe auf die Materie des Rechtes ein; denn da das Recht im Allgemeinen mit Nothwendigkeit ſeine Satzungen dem Principe des Abſoluten unterordnen muß (vergl. §. 1.), ſo vermag auch der Geſetzgeber jenes fünfte Princip nicht unmittelbar durch Stoffbildung und in der Weiſe zu verwirklichen, daß er durch Rechtsſätze (durch lauter constitutiones personales) in detaillirender Maaße jedes einzelne concrete Verhältniß beſonders normirte, ſondern er vermag nur mittelbar und nur in negativer Weiſe dieſen Zweck zu erreichen, indem er eine Lücke

---

324) Vergleiche zu Alle dem §. 61. u. 64.

oder einen freien Raum in den Rechtsbestimmungen offen läßt, innerhalb dessen das richterliche Ermessen die der Individualität des concreten Falles angemessene Regel schafft. Hierdurch bedingt erlangen daher in Bezug auf die Legislation nur die ersten vier jener Principien einen positiv gestaltenden Einfluß, daher nur sie der Wahrnehmung deutlicher entgegentreten, während das fünfte jener Principien um seiner in Bezug auf die Legislation rein negativ sich äußernden Bedeutung willen weniger in seiner Beziehung zur Rechtsbildung, als vielmehr zur Rechtspflege der Anschauung sich darbietet. Dennoch ist gerade für das römische Recht dieser letztere Satz wiederum insofern einer wesentlichen Modification zu unterwerfen, als gerade zu Rom in Folge der ganz eigenthümlichen Gestaltung der legislativen Verhältnisse in der That die Seitens der Kaiser durch die Rescripte, wie Seitens der Juristen durch die Responsen gegebenen Rechtssatzungen sehr häufig reine Specialverfügungen bezüglich des concreten Rechtsfalles, somit an sich wahre constitutiones personales waren, in Folge dessen aber das fünfte Princip nicht bloß in jener normalen, negativ gestaltenden Weise auf das zu allgemeiner Nachachtung gesetzte Recht, sondern auch in positiv influirender Weise auf die zunächst für den concreten Fall gegebene Norm einwirkte. Hierin liegt aber der Grund, weßhalb die Bedeutung der aequitas, insoweit sie das fünfte Princip vertritt, für die Rechtsproduction zu Rom in der That eine doppelte ist, jene negative und formale nämlich, welche ihr allenthalben und normaler Weise inwohnt, und diese positive und materiale, welche lediglich durch die besondere historische Gestaltung der legislativen Verhältnisse zu Rom gegeben war. Auf diesen letzteren Punkt namentlich werden wir in §. 75 noch besonders zurückkommen, wir heben denselben jedoch bereits hier nachdrucksvoll hervor, um die doppelte Stellung der dieses fünfte Princip vertretenden aequitas in den Quellen anzudeuten und somit das Verständniß der in §. 73 zu gebenden Belegstellen bereits hier vorzubereiten durch den Hinweis, daß diese Stellen wiederum alternativ unter der Herrschaft dieser doppelten Bedeutung des fünften Principes stehen.

So erkennen wir hiermit eine wesentlich verschiedene Stellung jener fünf Principien: in Vertretung der ersten vier der-

ſelben iſt die aequitas im Munde des Geſetzgebers eine poſitive Größe und ein materiales Princip, das auf den normativen Stoff des Rechtes ſchaffend und geſtaltend einwirkt; in Vertretung des fünften Principes dagegen iſt die aequitas im Munde des Geſetzgebers normaler Weiſe nur eine negative Größe und kein formales Princip, das nicht ein beſtimmtes aequum et bonum ſelbſt ſchon hinſtellt, ſondern erſt in der Hand des Richters dieſen productiven Character annimmt; allein indem zu Rom die Organe der Rechtsbildung in der That auch eine ganz ſinguläre Stellung einnahmen, welche durch ihre Berückſichtigung der beſonderen Beziehungen des concreten Falles der Stellung des Richters verwandt erſcheint, ſo gewinnt inſoweit auch das fünfte Princip zu Rom die Bedeutung eines poſitiven und ſtoffbildenden Principes für die Organe der Rechtsbildung.

In Bezug auf die Rechtspflege dagegen äußern jene fünf Principien lediglich innerhalb der bezeichneten, durch die legislative Anwendung des fünften Principes gegebenen Gränze einen Einfluß, da außerhalb des hierdurch gebotenen freien Raumes der Richter lediglich die abſtract gegebene Regel in concreto anzuwenden, nicht aber neue Normen zu conſtituiren hat. Nur da ſomit, wo jener freie Raum für eigene Rechtsſchöpfung durch den Geſetzgeber dem Cognoscirenden offen gehalten iſt, nur da können jene fünf Principien auf die richterliche Entſcheidung einen ſelbſtſtändigen Einfluß ausüben; allein ſelbſt dann wirkt principiell und primär in der That nur das fünfte Princip, während die übrigen vier Principien lediglich ſecundär und auch nicht ausſchließlich in Frage kommen. Denn den leitenden Geſichtspunkt des Richters bildet dann immer nur die Individualität des zu beurtheilenden Verhältniſſes und erſt in weiterer Folge kommen dann die vier erſten Principien ebenſo, wie jeder andere ſachliche Geſichtspunkt in Betracht als die den Inhalt des Urtheiles ſelbſt beſtimmenden Momente.

Endlich eine bisher noch nicht berückſichtigte Sonderſtellung nimmt das vierte Princip inſoweit ein, als es lediglich Interpretationsprincip oder richtiger materiales Princip der Apperception des Rechtes iſt, indem es hier bezüglich eines Jeden, der auf die Kenntniß des gegebenen Rechtes irgend welche Thätigkeit ſtützt, in gleicher Weiſe ſich äußert, wie von Wichtigkeit erſcheint.

In Bezug auf die Handlungsweise des Rechtssubjectes aber wohnt jenen fünf Principien, sobald wir denselben eine präceptive Fassung geben, die Bedeutung von den praecepta der aequitas inne; allein gerade in dieser Beziehung ist ihre Berücksichtigung in den Quellen eine ganz untergeordnete (vergl. §. 64).

So nun ist die Hauptbedeutung jener fünf Principien eine legislative; und gleich wie in hundertfältigen Kundgebungen jene fünffache Richtung in den Rechtssatzungen und Institutionen practisch sich verwirklicht, so findet solche Anschauungsweise auch in Wort und Schrift ihren lebendigen Ausdruck. Denn sehen wir ab von dem Postulate einer klaren, bestimmten und bewußten abstracten Darlegung jener Principien, eine Anforderung, der die römischen Juristen in der That nur vereinzelt, im Allgemeinen aber in sehr unvollkommener Maaße genügen, so haben wir doch immerhin anzuerkennen, wie die verschiedenen Aussprüche der Juristen eine durchgreifende und allgemein herrschende concrete Anschauung jener Principien und eine, gegenüber den einzelnen Erscheinungsformen zu voller Bestimmtheit sich entwickelnde besondere Vorstellung kundgeben; ja der Einfluß jener leitenden Grundideen auf die Geister ist so bedeutend, daß wir in der That verhältnißmäßig nur sehr wenige Stellen bei den Juristen dieser Periode vorfinden, in denen die aequitas ohne Beziehung zu einem jener Principien erschiene. Zwar kann andrerseits das Vorkommen von Stellen, in denen solcher Zusammenhang mangelt, nicht verkannt werden, ja dasselbe ist nothwendig bedingt theils durch die individuelle Anschauung des Respondenten, sowie insbesondere dadurch, daß namentlich die Rechtsbildung durch die Constitutionen der Kaiser weniger direct unter dem Einflusse der leitenden volksthümlichen Grundideen stand und deren weniger bestimmt sich bewußt wurde, in Folge dessen aber hier die aequitas einen mehr particulären, wie andrerseits auch einen mehr vagen und ihres Inhaltes sich weniger klar und deutlich bewußten Character annimmt; theils endlich dadurch, daß immer neue Principien in der Anschauung zu Tage traten und der aequitas überwiesen wurden, ohne daß innerhalb der Periode der Rechtsbildung, die wir überschauen, die wissenschaftliche Vorstellung dieselben allgemein appercipirt oder zu vollkommenem Bewußtsein verarbeitet oder sachlich zum

Abſchluſſe gebracht hätte, ſo daß derartige Principien nur unvollkommen ausgeprägt oder nur vereinzelt in den Quellen erſcheinen. Allein immerhin ſind derartige Ausſprüche verhältnißmäßig nur ſelten, indem bei Weitem die meiſten der die aequitas betreffenden Quellenſtellen unter der mehr oder minder directen Herrſchaft der genannten fünf Principien ſtehen. Dieſe aber ſtellen ſich ſomit dar als die leitenden Grundideen, welche, obwohl nicht zu vollkommener Allgemeinheit des Begriffes in der Vorſtellung verarbeitet, ſo doch bei Anſchauung der concreten Verhältniſſe beſtimmt und durchgreifend zu Tage treten, und welche ſomit als die höheren Einheiten die Vielheit der ſpeciellen Sätze der aequitas beſtimmend beherrſchen.

§. 67.

Beſondere Erſcheinungsformen der aequitas.

Jedes der fünf verſchiedenen Principien, deren Vertretung wir der aequitas überwieſen haben, ſteht zum Rechte entweder in dem Verhältniſſe, daß es im Letzteren vollſtändig verwirklicht iſt, oder daß es in dieſem nur theilweis vertreten wird, oder daß es gar nicht vom Rechte anerkannt wird und diesfalls das dem betreffenden Principe entgegengeſetzte Princip ausſchließlich im Rechte herrſcht. Das zweite dieſes dreifachen Verhältniſſes waltet in dem Rechte dieſer Periode ob, und indem nun nach der Anſchauung der römiſchen Jurisprudenz die Poſtulate der aequitas auf jene fünf Principien auslaufen, ſo treten auch jus und aequitas, inſoweit ſie mit Rückſicht auf den Inhalt ihrer Poſtulate neben einander geſtellt werden, in der Regel vornämlich mit Rückſicht auf dieſe fünf Principien einander gegenüber.

Die Modalität ſelbſt dieſer Gegenüberſtellung iſt aber wiederum eine doppelte: entweder es ſtehen jus und aequitas lediglich durch und in der Verſchiedenheit ihrer Poſtulate, ſowie, in letzter Potenz, ihrer Principien einander gegenüber: dann tritt die volksthümliche und wiſſenſchaftliche Rechtsüberzeugung dem Rechte, der Inhalt in ſeiner Totalität dem verſchiedenen Inhalte gegenüber, und indem einerſeits die aequitas als ihr Poſtulat eines jener fünf Principien oder einen daraus abgeleiteten Folgeſatz, andrerſeits das jus einen demſelben wider-

ſtreitenden oder auch damit übereinſtimmenden Satz aufſtellt, ſo erſcheint dieſer Streit- oder Vereinigungspunkt Beider nur als vereinzelter Moment innerhalb des Geſammtinhaltes, den Beide aufſtellen.

Von dieſer Anſchauung abwärts erleidet jedoch jenes Verhältniß eine Veränderung, ſobald jus und aequitas in der Modalität einander gegenübergeſtellt werden, daß unter aequitas nicht mehr unmittelbar der Inbegriff der durch die Rechtsüberzeugung gebotenen geſammten Normen, ſondern lediglich nur eines jener gegebenen fünf Principien verſtanden wird. Denn dann erſcheint die aequitas gerade nur als Inbegriff des in concreto in's Auge gefaßten einzelnen Principes.

Dieſe für die erſte Periode ſo überaus wichtige Diſtinction, auf welche wir in §. 5 die Bezeichnungen generelle und ſpecielle aequitas ſtützten, findet ſich auch, obwohl nicht mit der nämlichen Sicherheit erkennbar, bei den Juriſten dieſer Periode vor. So ſagt z. B. Pomponius lib. 21. ad Sabin. (l. 14. D. de cond. indeb. 12, 6.):

Hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem,

und überweiſt hiermit der aequitas einen Rechtsſatz, der einfach als einzelnes Gebot derſelben, als Theil ihres Geſammtinhaltes ſich darſtellt, und ſomit dieſelbe als die generelle aequitas erſcheinen läßt.

Anders verhält ſich dies, wenn Papinianus lib. 8. Quaest. (l. 66. D. eod.) ſagt:

Haec condictio ex aequo et bono introducta;

Denn wenn auch keineswegs verkannt werden mag, daß auch in dieſer Stelle die aequitas in der nämlichen Weiſe aufgefaßt ſein kann, wie in der obigen des Pomponius, ſo läßt doch der Umſtand, daß die Condictionen aus einem rechtloſen Haben mehrfach auf den von Pomponius ausgeſprochenen Grundſatz zurückgeführt werden, als weit wahrſcheinlicher die Annahme erſcheinen, daß Papinian unter dem aequum et bonum lediglich den Grundſatz ſelbſt: neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, verſtand und daß ſomit die aequitas hier lediglich als Repräſentantin des dritten der in §. 66 hervorgehobenen fünf Principien und ſonach als ſpecielle aequitas erſcheint.

So finden wir, daß in der Anſchauungsweiſe dieſer Periode in gleicher Maaße, wie bei Cicero neben der generellen auch eine ſpecielle aequitas zu Tage tritt; allein während bei Cicero dieſe Diſtinction von hoher Bedeutung für uns ſein mußte, weil in jener Periode die geſammte wiſſenſchaftliche aequitas eine lediglich ſpecielle, um deßwillen aber jene Unterſcheidung unentbehrlich war, ſo hat mit der gegenwärtigen Periode die Wiſſenſchaft den geſammten durch die Volksanſchauung gebotenen Stoff in ſich aufgenommen und iſt ſomit thatſächlich und wirklich eine generelle aequitas geworden. Daher verbindet ſich in der gegenwärtigen Periode jene Diſtinction nicht mehr mit einem reellen Unterſchiedenſein, nicht mehr mit der thatſächlichen Verſchiedenheit des Inhaltes der vom Volke und der von der Wiſſenſchaft getragenen aequitas, ſondern jene Verſchiedenheit iſt nunmehr lediglich noch eine ideelle, gegeben durch die Beſonderheit der Auffaſſung und Vorſtellung des betreffenden Juriſten.

Hiermit aber verliert jener Gegenſatz der generellen und ſpeciellen aequitas für uns alle höhere Bedeutung und tritt heraus aus der Zahl der die Richtung unſeres Blickes beſtimmenden Objecte.

§. 68.

Terminologie.

In der die aequitas betreffenden Terminologie erkennen wir vornämlich ſechs verſchiedene Gruppen von Gegenſätzen, deren erſte durch die Bezeichnungen von jus und aequitas (als Inbegriff des aequum et bonum) gebildet wird.

Hieran ſchließt ſich unmittelbar an der vornämlich der Rechtsbildung durch die Kaiſer geläufige Gegenſatz von ratio juris und ratio aequitatis oder aequitas (als Inbegriff der Principien des aequum et bonum), ſowie von rationes juris und aequitatis, der darauf beruht, daß hier die Principien ſelbſt der aequitas den Principien des Rechtes gegenübergeſtellt [525]) und ſo der Gegen-

525) Vergl. Beilage IV. §. 2 sq. Hierher gehört auch scripti juris ratio (ſ. Gajus lib. 1. de testam. ad Edict. Praet. in §. 73.), die indeß in der einzigen Stelle, wo ſie ſich findet, nur auf das fünfte Princip bezogen werden kann, obgleich ſie unzweideutig einer das vierte Princip beſonders betreffenden Terminologie entſtammt.

ſatz von aequitas und jus in einer etwas veränderten Beziehung reproducirt wird.

Allein von dieſem nämlichen Geſichtspunkte aus entwickelt ſich der Gegenſatz zu einer noch anderen Form des Gedankens und Ausdruckes, indem man jene ratio nicht bloß ihrem allgemeinen Weſen nach auffaßt und hinſtellt, ſondern dieſelbe zugleich auch in ihren qualitativen Beziehungen näher characteriſirt. Zunächſt in der ratio juris erkannte man als deren Eigenthümlichkeit einestheils eine utilitas, worüber ſ. §. 77, anderntheils aber vornämlich einen rigor, eine subtilitas, ein strictum, und mit Rückſicht hierauf ward nun ebenſowohl das betreffende Princip des Rechtes oder deren Geſammtheit, in denen das jus der aequitas gegenübertritt, als rigor juris, subtilitas juris, subtilis oder stricta ratio, mitunter auch als severitas [526]) bezeichnet, das Recht ſelbſt aber strictum oder subtile jus benannt, wie endlich auch jus und aequitas in beſchreibender Weiſe entſprechend characteriſirt, ſo von Donatus in Terent. Adelph. I, 1.:

> Inter jus et aequitatem hoc interest: jus est, quod omnia recta et inflexibilia exigit; aequitas est, quae de jure multum remittit [527]).

Denn in dem rigor wird das Recht als die geradaus laufende, beugungsloſe Linie [528]), ſomit in ſeinem unbeugſamen Weſen hervorgehoben; dagegen in der stricta ratio wird das Recht nach dem ihm inwohnenden Gebundenſein an ſeine eigene Conſequenz aufgefaßt, während das in der subtilitas zu Tage tretende Urtheil über den Character des Rechtes dem Letzteren den Vorwurf kleinlicher Pedanterie macht.

Andrerſeits dagegen wird als das dem rigor juris oder der subtilitas oder der stricta ratio correſpondirende Attribut der aequitas die humanitas oder benignitas aufgefaßt [529]), daher dieſe

526) Hierher gehört auch Serv. in Aen. I, 544.: Pietas pars justitiae est, sicut severitas, ſowie die Note 527. citirten Stellen.

527) Vergl. namentlich auch Philippus in l. 6. C. de hered. inst. 6, 24. (ſ. §. 72. fin.), und ähnlich auch Ulpianus lib. 29. ad Edict. (l. 9. §. 2. D. de S. C. Maced. 14, 6.).

528) Vergl. Rudorff, Schriften der röm. Feldmeſſer II, p. 432.

529) In gleichem Sinne, obwohl nur ſelten, ſcheint benevolentia gebraucht worden zu ſein; vergl. z. B. §. 23. J. de leg. 2, 20.

in gleichem Verhältniſſe zur aequitas[530]), wie der rigor und dergl. zum jus ſtehen. Somit bezeichnen humanitas und benignitas ebenſowohl die durch die Principien der aequitas begründete Eigenthümlichkeit derſelben, wie die qualitative Beſchaffenheit der ratio aequitatis, daher z. B. Modestinus lib. 8. Respons. (l. 25. D. de legg. 1, 3.) aequitatis benignitas ſagt und Paulus lib. 23. Quaest. (l. 84. D. de hered. instit. 28, 5.) aequitatis ratio und humanitas identificirt. Während daher die deutſche Ausdrucksweiſe nur die unmittelbare Gegenüberſtellung von Recht und Billigkeit kennt, kennen die Römer noch beſondere Formen dieſes Gegenſatzes, in denen jus und aequitas nicht unmittelbar, ſondern theils in und durch ihre Principien im Allgemeinen einander gegenübertreten, theils in derjenigen Qualität, welche um dieſer Principien willen dem jus, wie der aequitas characteriſtiſch iſt.

In der vierten Gruppe lehnt ſich der Gegenſatz von jus und aequitas an die betreffenden Vehikel der fünf Principien an, ſo daß diejenigen thatſächlichen Beziehungen, welche durch das

530) Hiernach iſt die Frage, ob humanitas und benignitas mit der aequitas, wie severitas mit der ratio juris gleichbedeutend ſind, dahin zu beantworten, daß jene, inſofern ſie als Attribute dieſer gedacht und gebraucht ſind, die aequitas reſp. das jus vertreten und inſoweit mit derſelben gleichbedeutend ſind. Ueber dieſen inneren Nexus hinaus hört jedoch jene Gleichheit auf, indem dann benignitas, wie humanitas die ſelbſtſtändige Bedeutung von clementia, von Wohlwollen, Milde, Menſchlichkeit, severitas die Bedeutung von Strenge annehmen. So erſcheint z. B. die benignitas rein ſelbſtſtändig bei der Interpretation von Rechtsſätzen, welche dem in Frage ſtehenden Subjecte nachtheilig ſind, ſo z. B. bei Marcellus lib. 29. Dig. (l. 3. D. de his quae in testam. 28, 4. und l. 192. §. 1. D. de R. J. 50, 17.), Pomponius, lib. 16. ad Sabin. (l. 9. D. de pact. dot. 23, 4.), Scaevola, lib. 12 Epist. (l. 112. §. 1. D. de condit. 35, 1.); Gajus, lib. 3. de legat. (l. 56. D. de R. J. 50, 17.), Paulus Sent. rec. IV, 12, 5. Ulpianus lib. 2 Respons. (l. 16. D. de donat. 39, 5.), Antoninus in l. 1. C. de necess. serv. 6, 27., insbeſondere aber bei Zumeſſung der Strafe, ſo bei Tryphoninus lib. 17. Disput. (l. 15. D. de bon. libert. 38, 2.), Marcian, lib. 2. de public. jud. (l. 11. pr. D. de poen. 48, 19.), Paulus, lib. 65. ad Edict. (l. 155. D. de R. J. 50, 17.). Vergl. vornämlich wegen severitas, clementia und benignitas Marcianus in lib. 2. de publ. jud. (l. 11. pr. D. de poen. 48, 19.); wegen severitas ferner Ulpian lib. 45. ad Edict. (l. 14. §. 4. D. de bon. libert. 38, 2.) u. a. m.

betreffende Princip der aequitas oder des jus verwirklicht werden, und die ſonach den Schwerpunkt dieſer Principien ſelbſt bilden, zunächſt einander unmittelbar gegenübertreten, und ſo in weiterer Folge wiederum den Gegenſatz dieſer Principien, und in letzter Inſtanz den Gegenſatz von jus und aequitas ſelbſt repräſentiren. Dieſer rein ſachliche Gegenſatz unterliegt indeß einer ſo unendlichen Mannichfaltigkeit des Ausdruckes, daß der Verſuch einer erſchöpfenden Darlegung deſſelben ungeeignet erſcheint. Als Beiſpiel mag jedoch dienen, wenn der Widerſtreit von jus und aequitas im vierten Principe, alſo in der Prävalenz von Wort und Willen durch die Gegenſätze bezeichnet wird: sententia legis und verba, sententia und scriptura von Callistratus lib. 1. Quaest. (l. 15. §. 3. D. de leg. Corn. de fals. 48, 10.); verborum figura und mens von Javolenus lib. 7. Epist. (l. 116. D. de V. S. 50, 16.); verba und sententia edicti von Ulpian lib. 3. ad Edict. (l. 7. §. 2. D. de jurisd. 2, 1.); contextus verborum scripturae und mens von Modestinus lib. 10. Respons. (l. 44. D. de manum. testam. 40, 4.); τὸ ῥητὸν und ἡ διάνοια von demſelben lib. 4. Excusat. (l. 13. §. 2. D. de excus. 27, 1.); verba legis und sententia von Antoninus in l. 3. C. ad l. Jul. de adult. 9, 9. u. dergl. m. Hierher gehört ferner der logiſch unrichtige Gegenſatz, welcher den beim fünften Principe, alſo hinſichtlich des Abſoluten und Relativen obwaltenden Widerſtreit von jus und aequitas durch die Gegenüberſtellung von jus und factum bezeichnet, worüber vergl. §. 76 fin.

Endlich die fünfte Gruppe im Gegenſatze von jus und aequitas wird gebildet durch die ſpecielle Gegenüberſtellung der denſelben anheimfallenden einzelnen Principien (z. B. ratio sanguinis, voluntatis, ſ. §. 66.), wie der einzelnen ſpeciellen Rechtsſätze, Rechtsinſtitute, legislativen Producte u. dergl. [531]), während die ſechste Gruppe auf der in §. 69. näher zu erörternden Verbindung der aequitas mit dem jus naturale, des jus mit dem jus civile beruht, indem hierdurch neben den obigen Bezeichnungen die Gegenſätze von aequitas naturalis und aequitas civilis, von ratio naturalis und ratio civilis, juris civilis ratio in das

531) Die Beiſpiele ſ. weiter unten.

Gebiet des Gegenſatzes von aequitas und jus hineingetragen werden.

Alle dieſe Gruppen von Gegenſätzen treten in dem Sprachgebrauche der Römer hervor; allein die Letzteren ſelbſt ſind weit entfernt, hierin die von uns beobachteten Rückſichten formaler Regelmäßigkeit als Geſetz zu befolgen, indem ſie vielmehr in der freieſten Willkührlichkeit die den verſchiedenen Gruppen angehörigen Glieder einander gegenüberſtellen und ſo alle möglichen Combinationen in ihrem Sprachgebrauche zu Tage treten laſſen. So ſtellt z. B. Paulus in lib. 6. Quaest. (ſ. §. 69.) naturalis ratio und jus (6. u. 1. Gruppe) einander gegenüber; ferner Papinian in lib. 5. Respons. (ſ. §. 72.) subtilitas juris und bonum et aequum (3. u. 1. Gruppe); Modestinus in lib. 8. Respons. (ſ. §. 74.) juris ratio und aequitatis benignitas (2. und 3. Gruppe); Gaj. III. §. 137. (ſ. §. 72.) das bonum et aequum und alium stipulari, alium promittere (1. und 5. Gruppe); Paulus in lib. 71. ad Edict. (ſ. §. 74.) innerhalb der fünften Gruppe das jus civile und die naturalis aequitas; Ulpianus in lib. 48. ad Sabin. (ſ. §. 72.) die subtilitas juris und doli exceptio (3. und 5. Gruppe); Julianus in lib. 29. Digest. (ſ. §. 72.) die subtilis juris regula und voluntas testantis, ſowie Ulpian fr. XXV. §. 1. (ſ. §. 72.) den rigor juris civilis und die voluntas (3. und 4. Gruppe); endlich Gajus II, 197. 198. Ulp. XXIV, 11. das jus civile und S. C. Neronianum, Gaj. II, 255. das jus civile und S. C. Trebellianum; Ulp. XVII, 19. das jus civile und die lex Junia; Gaj. II, 206. Ulp. XXIV, 12. 13. das jus civile und die lex Julia et Papia Poppaea (5. und. 6. Gruppe). Zu dieſen irregulären Gegenüberſtellungen gehört auch der Gegenſatz von strictum jus und bona fides, in den Bezeichnungen stricti juris und bonae fidei judicia u. dergl., indem der Ausdruck strictum jus der dritten Gruppe, die bona fides dagegen einem noch nicht in Betracht gezogenen Gegenſatze angehört, in welchem die der aequitas entſprechende Geſinnungs- und Handlungsweiſe des Individuum, die bona fides, dem dolus malus, als der der Erſteren widerſtreitenden Geſinnung gegenüber ſteht, worüber ſ. unten.

Aus Alle dem ergiebt ſich nun, wenn wir von dieſen allerdings häufigen Anomalien der Ausdrucksweiſe, wie von der vierten und fünften Gruppe der Gegenſätze abſehen, nachſtehende Terminologie.

Als Inbegriff der Gebote der rechtlichen Ueberzeugung, als Geſetz des aequum et bonum finden ſich die Bezeichnungen: aequitas und jus naturale, ſowie aequum et bonum, bonum et aequum, aequum u. dergl., und allen dieſen ſteht gegenüber: das jus, jus civile, strictum jus, subtile jus, und, in einer ſpeciellen Beziehung, auch merum jus[532]), ſowie anderntheils das iniquum. Mehr abſtract aufgefaßt, als die Summe der Gebote des aequum et bonum und als deſſen leitende Idee, ſomit als maaßgebendes Princip des aequum et bonum von dieſem ſelbſt als eigener ſelbſtſtändiger Begriff abſtrahirt, wird jene bezeichnet: im Allgemeinen als aequitas oder naturalis aequitas, ratio aequitatis, ratio naturalis, wozu den poſitiven Gegenſatz bildet: die justitia[532a]), aequitas civilis[533]), ratio juris[534], ratio civilis, juris civilis ratio[535]), ſowie scripti juris ratio[536]), während den negativen Gegenſatz die iniquitas bildet; im Beſonderen heißt dieſes Princip: humanitas, benignitas, humanitatis ratio und den Gegenſatz bildet der juris rigor, die subtilitas, vereinzelt auch die severitas, stricta ratio, subtilis ratio. Ueberdem wird die aequitas auch in objectiver Beziehung angewendet in der Bedeutung von Uebereinſtimmung einer Satzung oder eines Inſtitutes mit den Poſtulaten der obigen aequitas, ſo z. B. aequitas compensationis, actionis, judicii, restitutionis, u. dergl., worüber ſ. Brisson. de V. S. s. v. aequitas. Als rein qualitative Bezeichnungen dienen die Ausdrücke: aequum, bonum et aequum, aequum et bo-

---

532) Wegen merum jus vergl. unten §. 76. Note 571.

532a) So bei Tryphonin lib. 9. Disput. (l. 31. §. 1. D. depos. 16, 3.)

533) Bei Labeo in l. 1. pr. D. si is qui testam. 47, 4. ſ. §. 71.

534) Ratio juris in Nebeneinanderſtellung mit ratio aequitatis ſ. §. 74. Ohne dieſe Nebeneinanderſtellung findet ſie ſich bei Julianus lib. 27. Dig. (l. 15. D. de legg. 1, 3.), lib. 44. Defin. (l. 33. pr. D. de usurp. 41, 3.), Gajus lib. 1. Manumiss. (l. 25. D. de manum. 40, 1.) Papinianus lib. 2. Quaest. (l. 33. D. de poen. 48, 19.), Paulus lib. 54. ad Edict. (l. 14. D. de legg 1, 3. und l. 141. D. de R. J. 50, 17.), Antoninus in l. 2. C. de hered. 4, 39., Caracalla und Geta bei Papinian. lib. 2. Quaest. (l. 33. D. de poen. 48, 19.), Gordianus in l. 1. C. ne fisc. vel resp. 2, 18. S. auch §. 99. Note 628.

535) Vergl. §. 58. Note 470.

536) Vergl. Note 525.

num; ferner natura aequum, jure naturae aequum, naturale; endlich benignum und humanum; und den Gegenſatz hierzu bilden theils justum [537]), civile, subtile, strictum, theils iniquum.

Dagegen findet ſich die Bezeichnung aequum jus in der hier fraglichen Bedeutung nicht vor [538]).

Endlich die ſubjective Beziehung, die den Poſtulaten der aequitas entſprechende Geſinnungs- und Handlungsweiſe, ſowie deren Gegenſatz wird ebenfalls durch die obigen Bezeichnungen aequitas [539]) und justitia, benignitas und subtilitas, wie iniquitas vertreten [540]); gleichbedeutend mit aequitas in dieſem ſubjectiven Sinne iſt bona fides, gleichbedeutend mit justitia, im Widerſtreite zur aequitas, iſt dolus malus, und derjenige endlich, welcher der

537) So bei Gaj. lib. 3. ad Edict. prov. f. §. 71. Marcellus in Julian. lib. 60. Digest. f. §. 74. Senec. Epist. 95. f. §. 69. Horat. Sat. I, 3, 98.: Utilitas justi prope mater et aequi; ſo auch Serv. in Aen. II, 426. f. §. 100. Der Gegenſatz von justum und iniquum findet ſich z. B. bei Gaj. IV, 126. 127., der Gegenſatz von jus civile und iniquum Gaj. IV, 116.

538) Aequum jus ſteht in der Bedeutung von par jus bei Tryphoninus lib. 18. Disput. (l. 18. §. 1. D. de testam. milit. 29, 1.), Vellej. II, 121, 1., Tacit. Ann. II, 82., Senec. Epist. 107.; in gleichem Sinne findet ſich: Aequa jura bei Cic. p. Quinct. 14, 45. und aequum jus in Verr. Act. II. lib. II, 15, 38., ſowie bei Sallust. Hist. fr. I, 8. G.

539) In der aequitas ſcheiden wir demnach vornämlich 4 Hauptbedeutungen: 1) Rechtsidee, der ſchöpferiſche Gedanke des aequum et bonum; 2) Inbegriff der aus dieſer Rechtsidee hervorgegangenen concreten Gebote, alſo das aequum et bonum, wie die lex aequi et boni; 3) Inbegriff des im aequum et bonum ſich kundgebenden abſtracten Principes, alſo die ratio aequi et boni, (wofür allerdings immer nur ratio aequitatis ſteht); 4) Uebereinſtimmung mit 2. oder 3. und zwar a) des Menſchen in Geſinnung und Handlung, b) des Rechtsinſtitutes in ſeiner Conſtruction. Die doppelte Bedeutung unter 2. u. 3. liegt der aequitas auch inne in der Verbindung von ratio aequitatis; auch dieſe iſt: a) ratio aequi et boni, d. i. aequitas, und ſteht dann der ratio juris, d. i. justitia, wie auch der utilitas gegenüber; b) ratio aequitatis, d. i. der aequitas unter 3., und ſteht dann der ratio utilitatis gegenüber, worüber vergl. Beilage IV. Aequitas vereinigt ſonach in 2., 3. und 4. die nämlichen Beziehungen, die wir z. B. in den Ausdrücken Moral und Sittengeſetz wiedergeben.

540) So findet ſich z. B. aequitas arbitri bei Papinianus lib. 12. Quaest. (l. 12. D. rem pup. salv. 46, 6.), iniquitas judicantium bei Ulpian. lib. 1. de Appell. (l. 1. pr. D. de appell. 49, 1.), subtilitas veterum bei Gaj. IV, 30. Vergl. Brisson de V. S. s. v. v.

aequitas gemäß denkt und handelt, heißt bonus vir, worüber allenthalben Beilage VII. zu vergleichen ist.

§. 69.

Verhältniß der aequitas zu dem jus naturale.

Bei Beurtheilung des Verhältnisses, in welchem nach der Anschauung dieser Periode die aequitas zu dem jus naturale steht, haben wir drei verschiedenen Classen die römischen Juristen unterzuordnen. Die erste derselben wird repräsentirt durch Paulus, der die aequitas mit dem jus naturale in eine theoretische und systematische Verbindung setzt, wie auch bei seiner wissenschaftlichen Thätigkeit jene Theorie im Einzelnen festhält und verwirklicht; die zweite Classe umfaßt Gajus und Ulpianus, wie die Mehrzahl der übrigen Juristen, welche, ohne eine abstracte Theorie über die Stellung der aequitas zum jus naturale aufzustellen, oder wenigstens uns überliefert zu haben, dennoch im Einzelnen thatsächlich jene Verbindung bei ihren wissenschaftlichen Operationen anerkennen und zu Tage treten lassen; endlich die dritte Classe wird vertreten durch Marcianus, wie auch durch Tryphoninus, bei denen wir weder jene abstracte, noch diese concrete Verbindung von aequitas und jus naturale in irgend welcher Spur vorfinden. Für diese letztere Ansicht werden wir die Beweise in §. 89. unter A und C beibringen, während eine weitere Erwägung dieser Separatstellung hier nicht erforderlich erscheint. Dagegen die Juristen der beiden ersten Classen vertreten die Gleichstellung des aequum et bonum und jus naturale, und da die beurtheilende Erwägung der Consequenzen dieser Ansicht in §. 61. 64. und 95. ihren Platz findet, so ist gegenwärtig nur jene Thatsache an sich sammt den einschlagenden Beweismomenten näher zu beleuchten, wobei wir zunächst die Theorie des Paulus, und sodann die sämmtlichen in concreto sich offenbarenden einzelnen Punkte in's Auge fassen.

Die Theorie des Paulus ist uns allein überliefert in lib. 14. ad Sabin. (l. 11. D. de J. et J. 1, 1.):

> Jus pluribus modis dicitur: uno modo quum id, quod semper aequum et bonum est, jus dicitur, ut est jus naturale; altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile.

Aus dieſer Stelle aber erhellt ganz unzweideutig, wie das semper aequum et bonum in Form eines allgemeinen Urtheiles als Prädicat dem jus naturale beigelegt wird, und, da andrerſeits die Statthaftigkeit einer einfachen Umkehrung jenes Urtheiles, welche auch das jus naturale zum Prädicate alles semper aequum et bonum erklärt, keinem ſachlichen Bedenken unterliegt, ſo haben wir in jenem Ausſpruche eine wahre Gleichheitserklärung der Sphären beider Begriffe zu erblicken[541]). Wenn dagegen andrerſeits dieſem jus naturale und semper aequum et bonum ein jus civile und utile, nicht auch strictum gegenübergeſtellt iſt, ſo liegt hierin allerdings eine Beſonderheit der Theorie des Paulus, allein dieſelbe erſcheint nicht von der Art, daß das jus strictum als geſondertes Drittes aufzufaſſen wäre, vielmehr iſt das jus utile zugleich ein jus strictum und beide treten gemeinſam in dem jus civile dem jus naturale gegenüber, worüber vergl. §. 77 90. unter A.

Dieſe abſtracte Theorie wird nun beſtätigt durch das in concreto obwaltende, practiſche Verfahren des Paulus ſelbſt, wie der Mehrzahl der römiſchen Juriſten, indem wir hier zahlreiche Combinationen von aequitas und jus naturale vorfinden, aus denen jene Gleichſtellung Beider, ſowie andrerſeits die entſprechende Verbindung von strictum jus und jus civile erhellt. Hierher gehören vor Allem die Fälle, wo ein Rechtsſatz oder Rechtsinſtitut, welches dem jus naturale angehört, zugleich der aequitas überwieſen wird, ſo z. B. von Papinianus in lib. 28. Quaest. (ſ. §. 70.), wo der naturalis obligatio ganz allgemein ein vinculum aequitatis untergelegt wird; ferner von Ulpianus lib. 2. de Offic. Consul. (ſ. §. 70.), wo ein Gebot der aequitas als Product der ratio naturalis bezeichnet wird; nicht minder auch von Gajus lib. 4. ad Edict. prov. (l. 8. D. de capit. min. 4, 5.):

Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. Itaque de dote

---

541) So auch Senec. Epist. 95.: natura — aequum justumque componit; Isidor. Orig. X, 7: aequus est secundum naturam justus dictus, IV, 4, 2.: naturale aequumque, mit Rückſicht auf Beilage VI.

actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis diminutionem,

indem hier die beiden Argumente: quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest und quia in bonum et aequum concepta est, völlig parallel ſtehen, das in aequum et bonum conceptum esse aber lediglich die Fundirung der Klage auf die aequitas bezeichnet; (vergl. §. 59. Note 488. und §. 76.). Gleiches Reſultat ergeben theils die Bezeichnungen jure naturae aequum bei Pomponius, lib. 9. ex. var. lect. (ſ. §. 71.), ſowie natura aequum bei Labeo in Ulpian., lib. 37. ad Edict. (ſ. §. 71.), Pomponius, lib. 21. ad Sabin. (ſ. §. 67.), Ulpianus, lib. 29. ad Edict. (ſ. §. 72.) und lib. 71. ad Edict. (ſ. §. 72.), theils der Ausdruck naturalis aequitas, der ſich ſehr häufig bei Labeo, Marcellus, Gajus, Ulpianus und Paulus vorfindet (vergl. §. 70 sq.). Andrerſeits erhellt die Gleichſtellung von strictum jus und jus civile ſowohl aus dem Gegenſatze von aequitas und jus civile, wie aus der Verbindung von iniquitas und jus civile, wofür in erſter Beziehung Paulus lib. 41. ad Edict. (ſ. §. 70.) und lib. 71. ad Edict. (ſ. §. 74.), in letzter Beziehung Gajus Inst. III, 25. in Verbindung mit §. 18—24. und §. 26 sq., ſowie IV, 116. die genügenden Beiſpiele bieten.

Wenn nun alle dieſe Momente jene von Paulus theoretiſch feſtgeſtellte Verbindung von aequitas und jus naturale beweiſen, ſo beruht dieſe Verbindung ſelbſt wiederum auf einer doppelten Ideencombination, welche ebenſowohl eine genetiſche, wie eine ſubſtantielle Gleichheit Beider anerkennt: die aequitas, als ſubjectives Rechtspoſtulat, getragen durch die Rechtsüberzeugung der Individuen, erſcheint nach antiker Anſchauungsweiſe zunächſt als Subſtrat der ratio naturalis und hat ſomit gleichen Ausgang, wie das jus naturale. Inſofern daher der Regel des aequum et bonum eine objective Baſis untergelegt wird, erhebt ſich die naturalis ratio in gleicher Maaße zur Trägerin und zum Agens des aequum et bonum, wie ſie ſolches bezüglich des jus naturale iſt, daher nun jus naturale und aequitas gleichen Ausgang von der natura rerum nehmen, und ſomit das aequum et bonum zugleich zum natura aequum, die aequitas aber zur naturalis aequitas wird. Indem nun aber die naturalis ratio ein einheitliches Ganze in ihren Regeln aufſtellt, ſo bildet jener gemeinſame Ausgang der

aequitas, wie des jus naturale von dieſer ratio zugleich das Mittelglied, welches eine Identität der Normen Beider herbeiführt, ja zur nothwendigen Folge haben muß.

Dagegen haben wir, wenigſtens im Sinne des Paulus, jene Gleichſtellung von aequum et bonum und jus naturale in anderer Beziehung wiederum zu modificiren und einer Beſchränkung zu unterwerfen. Inſoweit nämlich der Character einer Norm als aequum et bonum lediglich darauf beruht, daß ſie gebildet iſt unter der poſitiv geſtaltenden, materialen Einwirkung des fünften Principes (vergl. §. 66. u. 76.), und daß ſie ſonach eine allſeitige Berückſichtigung der Individualität des concreten Verhältniſſes umfaßt, alſo ein concretes und relatives aequum et bonum iſt, inſoweit waltet jene Gleichſtellung nicht ob, ja kann gar nicht ſtatt haben, weil das jus naturale, als das höchſte abſolute Recht ein derartiges Prävaliren des relativen Characters als ſeinem Weſen widerſtreitend von ſich abweiſen muß. Daher erklärt Paulus in lib. 14. ad Sabin. sit, ausdrücklich nur das semper aequum et bonum, d. i. das abſolute aequum et bonum für ein jus naturale. In dieſem Verhältniſſe aber erblicken wir zugleich die Aufklärung jener Erſcheinung, daß die aequitas mit ſich ſelbſt im Widerſpruche ſtehen kann, wie ſich dies aus Paulus lib. 6. Quaest. (l. 85. §. 2. D. de R. J. 50, 17.) ergiebt, wenn geſagt wird:

Quoties aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, justis decretis res temperanda est.

Denn da das Gebot der naturalis ratio nothwendig zugleich ein aequum et bonum iſt, ſo birgt dieſe Stelle den Sinn: quoties aequitatem desiderii aequitas aut dubitatio juris moratur, woraus ein Widerſpruch der aequitas mit ſich ſelbſt hervorgeht. Allein da die aequitas desiderii die Uebereinſtimmung des desiderium mit einer Norm bezeichnet, welche ſelbſt an und für ſich nur durch allſeitige Berückſichtigung der beſonderen Verhältniſſe des concreten Falles der aequitas ſich unterordnet, ſomit aber als relatives aequum et bonum ſich offenbart; während andrerſeits die auf der naturalis ratio beruhende aequitas von Principien geleitet wird, welche die Materie der Norm ſelbſt in abſoluter Weiſe poſitiv geſtalten, ſomit aber hierin ein abſolutes aequum et bonum ſich kund giebt, ſo liegt in der Annahme jenes Wider-

ſpruches nicht allein durchaus kein Zwieſpalt des Gedankens mit ſich ſelbſt, ſondern es iſt auch derſelbe nothwendig bedingt durch die Möglichkeit des Widerſtreites, in welchen jede abſolute Rechtsregel mit der Anforderung der Rechtsanſchauung bezüglich des concreten Falles treten kann.

Sonach iſt nur das semper aequum et bonum zugleich ein jus naturale, und gleichwie hiermit die aequitas als die Idee letzter und höchſter, abſoluter und unwandelbarer Rechtswahrheit zum leitenden Gedanken des jus naturale ſich erhebt, ſo tritt andrerſeits als maaßgebendes Princip des jus civile die utilitas, d. i. die Idee der Zweckmäßigkeit und der Erwägung politiſcher Rückſichten in das jus strictum hinein, worauf in §. 77. beſonders zurückzukommen iſt.

§. 70.

Belege.

Indem wir unter den faſt zahlloſen Quellenſtellen, welche eine Erwähnung der aequitas darbieten, die als Belege geeignetſten hervorheben, ſo ordnen wir dieſelben nach ihrer durch innere Geſichtspunkte gebotenen Verſchiedenheit, nach denjenigen Claſſen nämlich, welche durch die in §. 66. hervorgehobenen fünf Principien an die Hand gegeben werden, woneben wir ſodann diejenigen Stellen, in denen ſolche ſpecielle Beziehung zu einem jener fünf Principien nicht obwaltet, in §. 74. noch beſonders beifügen.

Das Princip der Berückſichtigung der auf das Naturgeſetz ſelbſt geſtützten Bande der Blutsverwandtſchaft und Ehe findet Vertretung durch die aequitas bei

Gajus lib. 16. ad Edict. prov. (l. 2. D. unde cogn. 38, 8.):

> Hac parte proconsul, naturali aequitate motus, omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet jure civili deficiant.

Instit. III, 7.:

> Aequum enim videbatur, nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere.

Inst. III, 18—24.:

> Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates: quod jus quaemadmodum strictum fuerit, palam

est intelligere. Statim enim emancipati liberi nullum jus in hereditatem parentis ex ea lege habent, cum desierint sui heredes esse. Idem juris est, si ideo liberi non sint in potestate patris, quia sint cum eo civitate Romana donati nec ab Imperatore in potestatem redacti fuerint. Item agnati capite deminuti non admittuntur ex ea lege ad hereditatem, quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur. Item proximo agnato non adeunte, ad hereditatem nihilo magis sequens jure legitimo admittitur. Item feminae agnatae, quaecunque consanguineorum gradum excedunt, nihil juris ex lege habent. Similiter non admittuntur cognati, — — adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamve ultro citroque hereditatis capiendae jus competetat.

Ulpianus lib. 2. de Offic. Consul. (l. 5. §. 2. D. de agnosc. et alend. 25, 3.):

Utrum autem tantum patrem, avumve paternum proavumve ceterosque virilis sexus parentes alere cogamur, an vero etiam matrem, ceterosque parentes per illum sexum contingentes cogamur alere? videndum. Et magis est, ut utrubique se judex interponat, quorundam necessitatibus facilius succursurus, quorundam aegritudini. Et quum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendere judicem oportet; ferner §. 13.: iniquissimum — quis merito dixerit, patrem egere, quum filius sit in facultatibus; forte §. 16.: parens, quamvis alia filio ratione naturali debeat, tamen etc.

lib. 12. ad Sabin. (l. 1. §. 4. D. de suis et legitim. 38, 16.):

Si filius suus heres esse desiit, in ejusdem partem succedant omnes nepotes neptesque ex eo nati, qui in potestate sunt; quod naturali aequitati contingit.

lib. sing. de offic. praetor. tutel. (fr. Vat. §. 198.):

Puto — eandem esse aequitatem in nepotibus, qui in locum filiorum succedunt, quae est in filiis.

lib. 2. Instit. (Collat. leg. Mos. XVI, 7. §. 2.):

Aequissimum putavit (Praetor) neque eos bonis paternis carere per hoc, quia non sunt in potestate, neque etc.

Ibid. (Collat. leg. XVI, 9. §. 2.):

Praetor aequitate motus decem personas cognatorum ei (i. e. manumissori) praetulit has: patrem, matrem, filium, filiam, avum, aviam, nepotem, neptem, fratrem, sororem, ne quis occasione juris sanguinis necessitudinem vinceret.

lib. sing. Regul. (fr. 26, 2.):

aequum est enim nepotes in patris sui locum succedere et eam partem (sc. hereditatis) habere, quam pater eorum, si viveret, habiturus esset.

lib. 12. ad Sabin. (l. 1. §. 6. D. ad S. C. Tertyll. 38, 17.) [humana interpretatio]; lib. 40. ad Edict. (l. 1. pr. D. de legat. praest. 37, 5.) [aequitas naturalis]; lib. 41. ad Edict. (l. 2. pr. D. de B. P. s. tab. 37, 11.).

Paulus lib. 41. ad Edict. (l. 6. §. 1. D. de B. P. 37, 1.):

Quamvis enim jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor;

lib. sing. ad S. C. Tertyll. (l. 5. pr. D. ad S. C. Tertyll. 38, 17.); lib. 17. Quaest. (l. 4. D. de sent. pass. 48, 23.) [humanius dicetur]; lib. 71. ad l. Cinc. (fr. Vat. §. 306.) [ratio aequitatis]; lib. sing. de port. quae lib. damn. conc. (l. 7. pr. D. de bon. damn. 48, 20.); lib. 6. ad Plaut. (l. 21. D. de re jud. 42, 1.).

Modestinus lib. 2. Different. (l. 20. D. de re jud. 42, 1.).

Dem zweiten Principe der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben geboten erachtete, ſind zu überweiſen nachſtehende Belege:

Gajus Inst. IV, 71.

Papinianus lib. 28. Quaest. (l. 95. §. 4. D. de solut. 46, 3.).

Ulpianus lib. 4. ad Edict. (l. 1. pr. D. de pact. 2, 14.):

Hujus edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter nos placuerunt, servare?

lib. 27. ad Edict. (l. 1. pr. D. de pec. const. 13, 5.):

Hoc edicto praetor favet naturali aequitati, qui constituta consensu facta custodit, quoniam grave est, fidem fallere.

§. 71.

Fortſetzung.

(Belege.)

Das dritte Princip, die Zutheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil, Gewinn und Verluſt nach dem durch die Verhältniſſe gegebenen Maaßſtabe von Angemeſſenheit findet ſeinen Schwerpunkt vornämlich in dem Satze, den mit der meiſten Präciſion ausſpricht:

Pomponius lib. 14. ad Sabin. (l. 6. §. 2. D. de j. dot. 23, 3.):

Bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum [542]).

Dieſer Satz oder deſſen Conſequenzen werden der aequitas außer den in §. 67. mitgetheilten Belegen namentlich auch in folgenden Stellen überwieſen:

Labeo bei Ulp. lib. 37. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. si is qui testam. 47, 4.):

Haec autem actio — naturalem potius in se, quam civilem habet aequitatem, siquidem civilis deficit actio; sed natura aequum est, non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coërceri posse intelligit, spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae;

bei Ulp. lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 13. D. de dol. m. exc. 44, 4.).

Sabinus und Cassius bei Paul. lib. 6. ad Plaut. (l. 38. §. 7. D. de usur. 22, 1.).

Celsus lib. 5. Dig. (l. 32. D. de reb. cred. 12, 1.).

Pomponius lib. 9. ex var. lect. (l. 206., D. de R. J. 50, 17.):

Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem.

Africanus lib. 8. Quaest. (l. 63. §. 5. D. de furt. 47, 2.).

Gajus Instit. IV, 61. (§. 30. J. de act. 4, 6.):

In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat; in quo et illud continetur, ut habita ratione

542) Tryphoninus lib. 8. Disput. (l. 12. §. 1. D. de distr. pign. 20, 5.) bezeichnet dies Princip mit den Worten: ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat.

ejus, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare[543]); lib. 3. ad Edict. prov. (l. 46. §. 4. D. de proc. 3, 3.); lib. 9. ad Edict. prov. (l. 1. D. quod cum eo qui 14, 5.).

Papinianus lib. 2. Resp. (l. 20. pr. D. de tut. et rat. 27, 4.) [aequitatis ratio].

Ulpianus lib. 11. ad Edict. (l. 1. pr. D. de min. 4, 4.) [naturalis aequitas]; lib. 26. ad Edict. (l. 3. §. 7. D. de cond. c. d. 12, 4.); lib. 49. ad Sabin. (l. 2. §. 3. D. de hered. vel act. 18, 4.) [aequitatis ratio];

lib. 2. Disp. (l. 32. pr. D. de pecul. 15, 1.):

Licet hoc jure contingit, tamen aequitas dictat, judicium in eos dari, qui occasione juris liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio[544]) liberet.

Paulus lib. 14. ad Plaut. (l. 37. D. de act. emt. 19, 1.); lib. 17. ad Plaut. (l. 65 §. 4. D. de cond. indeb. 12, 6.); lib. 1. Sent. (l. 24. §. 1. D. de min. 4, 4.).

Marcianus lib. sing. ad form. hyp. (l. 16. §. 6. D. de pign. 20, 1.) [subtilitas legis — humanius est].

Hadrianus nach Paul. lib. 20. ad Edict. (l. 22. D. de her. pet. 5, 3.).

Andere nicht auf den von Pomponius ausgesprochenen specielleren Grundsatz sich zurückleitende Consequenzen des in Frage stehenden Principes werden der aequitas überwiesen von:

Gajus lib. 3. ad Ed. prov. (l. 2. D. de neg. gest. 3, 5.) [sicut aequum est — ita ex diverso justum est].

Papinianus lib. 3. Quaest. (l. 36. D. de admin 26, 7.).

Ulpianus lib. 19. Quaest. (l. 54. D. ad S. C. Treb. 36, 1.) [aequitatis ratio]; lib. 31. ad Sabin. (l. 7. pr. D. de j. dot. 23, 3.); lib. 3. ad Edict. (l. 1. pr. D. quod quisque jur. 2, 2.); lib. 29. ad Edict. (l. 11. §. 2. D. de pec. 15, 1.) [natura aequum]; lib. 40. ad Edict. (l. 1. pr. D. de collat. 37, 6.).

---

543) In dieser Stelle erklärt Gajus die Kundgebung des fraglichen Principes für einen Bestandtheil des aequum et bonum. Bonum et aequum selbst aber steht in einer allgemeinen Beziehung zu allen fünf Principien, während der Ausdruck libera potestas auf das fünfte Princip insbesondere hinweist.

544) Intentio ist intentio formulae, demnach gleich actio.

Paulus lib. 49. ad Edict. (l. 2. §. 6. D. de acqu. 39, 5.), wozu vergl. Ulp. lib. 53. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. eod.); lib. 69. ad Edict. (l. 4. D. de tab. exh. 43, 5.); Sent. rec. II, 1, 1. [aequitatis ratio]; V, 16, 1. [rat. aequit.]; lib. 1. Decr. (l. 47. pr. D. de j. fisc. 49, 14.); lib. 3. ad Plaut. (l. 14. §. 1. D. comm. div. 10, 3.); lib. 2. ad Edict. aedil. cur. (l. 44. §. 1. D. de aed. ed. 21, 1.); lib. sing. de conc. act. (l. 34. pr. D. de O. et A. 44, 7.); lib. 23. Quaest. (l. 84. pr. D. de her. inst. 28, 5.) [humanius est — aequitatis ratio].

Modestinus lib. 8. Diff. (l. 22. D. de don. 39, 5.).

Ferner gehört hierher, als aus dem Werke eines Juristen dieser Periode entlehnt: §. 39. J. de R. D. 2, 1. [naturalis aequitas], sowie endlich aus den Constitutionen der Kaiser:

Severus in l. 1. C. de furt. 6, 2. Severus et Antoninus in l. 2. C. de usur. 4, 32. [aequitatis ratio]. Alexander in l. 1. C. rer. amot. 5, 21. und l. 6. C. de comp. 4, 31., sowie in l. 5. C. eod. Antoninus et Verus bei Ulp. lib. 31. ad Edict. (l. 8. §. 8. D. mand. 17, 1.).

§. 72.

Fortsetzung.

(Belege.)

Das vierte Princip, die Prävalenz des Willens gegenüber der Willenserklärung, wird der aequitas überwiesen von:

Julianus lib. 29. Dig. (l. 13. pr. D. de lib. et post. 28, 2.) [voluntas testantis — subtilis juris regula — quum testator voluerit — humanitate suggerente].

Africanus lib. 5. Quaest. (l. 88. §. 1. D. ad l. Falc. 35, 2.):

Et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur.

Scaevola lib. 19. Dig. (l. 76. D. ad S. C. Treb. 36, 1.) [benigna interpretatio].

Gajus Inst. III, 137. (l. 2. §. 3. D. de O. et A. 44, 7.):

Item in his contractibus (i. e. qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in no-

minibus alius expensum ferendo obliget, aliud referendo obligetur;

Inst. IV, 30. [subtilitas veterum];

lib. 2. Aureor. (l. 9. §. 3. D. de acqu. dom. 41, 1.):
Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi.

Papinianus lib. 5. Resp. (l. 17. D. de inj. rapt. 28, 3.) [subtilitas juris — bon. et aequ.].

Tryphoninus lib. 4. Disp. (l. 12. §. 8. D. de capt. 49, 15.):
Et iniquum et contra mentem constitutionis.

Ulpianus lib. 9. ad Edict. (l. 23. D. de admin. 26, 7.); lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.) [naturalis aequitas — natura aequum]; lib. 17. ad Sabin. (l. 12. §. 2. D. de usu et hab. 7, 8.) [stricte interpretari];

lib. sing. Regul. (fr. 25. §. 1.):
Fideicommissum — — nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis;

lib. 48. ad Sabin. (l. 36. D. de V. O. 45, 1.):
Si quis, quum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest.

Paulus lib. 15. ad Sabin. (l. 20. §. 2. D. de S. P. U. 8, 2.) [strictius interpr.].

Marcianus lib. sing. ad hyp. form. (l. 8. §. 16. D. quib. *mod.* pign. 20, 6.) [subtilitates].

Philippus A. et Philippus C. in l. 6. C. de her. inst. 6, 24.:
Si compensandi debiti gratia uxor maritum fecit heredem, desiderio tuo praeter portionem hereditatis debitum quoque restitui postulantis, non tantum juris severitas, verum etiam defunctae voluntas refragatur.

§. 73.

Fortsetzung.

(Belege.)

Das fünfte Princip der Berücksichtigung der Individualität der concreten Verhältnisse macht sich zu Rom geltend in der in §. 66. angegebenen doppelten Modalität: einmal als rein for-

males und negativ wirkendes Princip für den Geſetzgeber, welches darin ſich offenbart, daß dieſer dem richterlichen Ermeſſen einen freien Raum im Rechte offen läßt, innerhalb deſſen dann dieſes Princip poſitiv und ſtoffbildend in der Hand des Richters wirkt (vergl. §. 76.); ſodann aber auch als rein reales und poſitiv wirkendes Princip für das Organ der Rechtsbildung ſelbſt, inſofern dieſe Letztere gerade im Hinblick auf die individuellen Verhältniſſe des concreten Falles erfolgt (vergl. §. 75.). Beide weſentlich verſchiedene Beziehungen der Gegenſätze von aequitas und jus walten alternativ in nachſtehenden Stellen ob, und laſſen in dieſen ſehr leicht ſich ſondern:

Labeo bei Pomp. lib. 32. ad Sabin. (l. 32. §. 2. D. de usurp. 41, 3.):

Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, nemo eorum mera subtilitate possidere.

Javolenus lib. 6. ex Cassio (l. 28. pr. D. de statu lib. 40, 7.) [jus strictum];

lib. 6. Epist. (l. 25. D. de donat. 39, 5.):

Si tibi rem dederim, ut Titio meo nomine donares eamque tu tuo nomine ei dederis, quantum ad juris subtilitatem, accipientis facta non est et tu furti obligaris; sed benignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri.

Celsus bei Paul. lib. 17. ad Plaut. (l. 91. §. 3. D. de V. O. 45, 1.); lib. 27. Dig. (l. 11. D. de S. P. R. 8, 3.):

Per fundum, qui plurium est, jus mihi esse eundi agendi, potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fit jus, quam si omnes cedant et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benignius[546]) tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.

Julianus lib. 18. Dig. (l. 20. D. de reb. cred. 12, 1.) [subtilitas verborum — benignius est]; lib. 86. Dig. (l. 51. §. 2. D. ad l. Aquil. 9, 2.) [subtilis ratio].

Pomponius lib. 5. ad Sabin. (l. 29. D. de her. inst. 28, 5.) [humanius est].

546) Wahrſcheinlich in ähnlichem Gegenſatze ſagte Celsus lib. 29. Dig. (l. 18. D. de legg. 1, 3.): Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas eorum conservetur.

Scaevola lib. 25. Dig. (l. 28. §. 2. D. de appell. 49, 1.);
lib. sing. Quaest. (l. 14. pr. D. de div. temp. praesc. 44, 3.):
De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus; consistunt enim in sola aequitate.
Gajus lib. 2. Aur. (l. 7. §. 5. D. de acqu. dom. 41, 1.) [stricta ratio];
lib. 3. ad Edict. praet. urb. tit. de damn. inf. (l. 19. D. de damn. inf. 39, 2.):
Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti jus non corrumpitur, sed reversis defendendi ex bono et aequo potestas datur [547]);
lib. 1. de testam. ad Ed. Praet. (l. 16. D. de cond. 35, 1.):
In his quae extra testamentum incurrunt, possunt ex bono et aequo interpretationem capere; ea vero, quae ex ipso testamento oriuntur, necesse est, secundum scripti juris rationem expediri.
Papinianus lib. 6. Resp. (l. 86. pr. D. de acqu. hered. 29, 2.) [strictum jus — humanitas]; lib. 6. Quaest. (l. 50. §. 1. D. de her. pet. 5, 3.) [strictum jus]; lib. 8. Quaest. (l. 43. D. de relig. 11, 7.) [stricta ratio];
lib. 12. Quaest. (l. 12. D. rem pup. 46, 6.):
Aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam juris desiderare.
Tryphoninus lib. 4. Disput. (l. 12. §. 5. D. de capt. 49, 5.) [jus subtile — humanitatis ratio]; lib. 9. Disp. (l. 67. §. 1. D. de R. N. 23, 2.) [strictum jus].
Ulpianus lib. 5. Fideicomm. (l. 24. §. 10. D. de fideic. lib. 40, 5.) [jus subtile — juris rigor]; lib. 33. ad Sabin. (l. 32. pr. D. de don. i. vir. 24, 1.) [juris rigor];
lib. 12. ad Edict. (l. 26. §. 9. D. ex quib. caus. maj. 4, 6.):
Item inquit praetor: „Si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam.“ Haec clausula edicto inserta est necessario; multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt. Unde quoties aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum;

547) Mit einigen Interpolationen in l. 30. D. de noxal. act. 9, 11. wiederholt.

lib. 22. ad Edict. (l. 12. D. de interr. 11, 1.); lib. 23. ad Edict. (l. 5. §. 5. D. de his qui effud. 9, 3.);

lib. 25. ad Edict. (l. 14. §. 6. 13. D. de relig. 11, 7.):

Haec actio, quae funeraria dicitur, ex bono et aequo oritur; continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumtuum. Aequum autem accipitur ex dignitate ejus, qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est; debet enim haberi ratio facultatum ejus, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur (vergl. l. 12. §. 5. D. eod.). — Et generaliter puto, judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, quum hoc ei et actionis natura indulget;

lib. 27. ad Edict. (l. 2. pr. l. 4. §. 1. D. de eo quod cert. 13, 4.); lib. 51. ad Edict. (l. 71. §. 2. D. de legat. I.); lib. 57. ad Edict. (l. 11. §. 1. D. de injur. 47, 10.); lib. 72. ad Edict. (l. 13. §. 4. D. de acqu. poss. 41, 2.) [subtilius est]; lib. 74. ad Edict. (l. 2. §. 1. D. si quis caut. 2, 11., ſowie l. 2. §. 8. D. eod.); lib. 6. ad l. Jul. et Pap. (l. 38. §. 1. D. ex quib. c. maj. 4, 6.) [ratio humanitatis].

Paulus lib. 55. ad Edict. (l. 18. pr. D. de injur. 47, 10.); lib. 2. Sent. (l. 30. D. de pec. const. 13, 5.) [strictum jus].

Marcianus lib. sing. ad S. C. Turpill. (l. 1. §. 10. D. ad S. C. Turp. 48, 16.) [stricta ratio].

Modestinus lib. sing. de enucl. cas. (l. 19. D. de appell. 49, 1.):

Si expressim sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet. — — Non jure profertur sententia, si specialiter contra leges vel senatusconsulta vel constitutionem fuerit prolata.

Nicht minder gehören hierher als aus Schriften von Juriſten dieſer Periode entlehnt: §. 10. J. de mand. 3, 26.; §. 31. J. de act. 4, 6.:

Quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus. — — Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bono et aequo, secundum

cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

Endlich aus den Conſtitutionen der Kaiſer: Antonimus Pius bei Marcellus lib. 3. Dig. (l. 7. pr. D. de i. i. rest. 4, 1. und l. 183. D. de R. J. 50, 17.); Severus et Antoninus in l. 3. C. de edend. 2, 1.; Alexander in l. 1. C. de interd. 8, 1. und l. un. C. si propt. inimic. 10, 63.

§. 74.

Fortſetzung.

(Belege.)

Endlich unter die Claſſe derjenigen Belege, in denen eine ſpecielle Beziehung zu einem der in §. 66. hervorgehobenen fünf Principien nicht obwaltet, fallen theils diejenigen Stellen, welche in einer Beziehung zu mehr als einem einzelnen jener fünf Principien ſtehen, theils diejenigen Stellen, in welchen überhaupt gar keine derartige Beziehung hervortritt. Erſteres findet z. B. ſtatt, wenn geſagt wird von

Papinianus lib. 3. Quaest. (l. 12. D. de dol. mal. exc. 44, 4.): Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est,

ſowie von

Paulus lib. 71. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de dol. mal. exc. 44, 4.): Ideo autem hanc exceptionem (sc. doli mali) praetor proposuit, re cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit,

da hier die aequitas gleichmäßig alle fünf Principien vertritt, indem ihr Gegenſatz, der dolus malus, gleichmäßig durch Mißachtung eines jeden jener fünf Principien begründet wird; ähnlich verhält ſich dies bei

Africanus lib. 9. Quaest. (l. 22. D. de manum. testam. 40, 4.): Qui filium impuberem heredem instituit, Stichum ratione argenti, quod sub cura ejus esset, reddita liberum esse jusserat. — — Quaestitum est: — — in quem modum intelligendus sit conditioni paruisse, id est an, si quaedam vasa sine culpa ejus perierint, atque ita reliqua vasa heredi bona

fide assignaverit, perveniat ad libertatem? Respondit: perventurum; nam sufficere, si ex aequo et bono rationem reddat denique quam rationem bonus paterfamilias reciperet, ea heredi reddita impletam conditionem videri,

indem hier das aequum et bonum überhaupt die Abweſenheit einer ſubjectiven Verſchuldung bezeichnet, dieſe ſelbſt aber auf mehreren jener fünf Principien beruhen kann.

In der Claſſe derjenigen Stellen, in denen wir überhaupt gar keine beſtimmte Beziehung zu jenen fünf Principien wahrzunehmen vermögen, überwiegen namentlich die der Rechtsbildung durch die Kaiſer angehörigen, obgleich auch aus den Schriften der Juriſten dergleichen überliefert ſind, z. B. von

Labeo bei Paulus lib. 49. ad Edict. (l. 2. §. 5. D. de aqua et aqua pluv. 39, 3.):

Quamquam — deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur,

indem in dieſer Stelle ein neues Rechtsprincip zu Tage tritt: quae mihi prosunt, tibi vero nihil nocent, facere licet, welches unter keines der von uns hervorgehobenen fünf Principien ſich unterordnen läßt, obgleich es mit dem dritten Principe in innerer Verwandtſchaft ſteht, ja mitunter mit demſelben geradezu ſich verbindet, wie bei Paul. lib. 49. ad Edict. (ſ. §. 71.).

Weitere unter dieſe Claſſen fallende Belege bieten:

Marcellus bei Julianus lib. 60. Digest. (l. 66. D. de R. J. 50, 17.): Exceptio justa nec ab aequitate naturali abhorrens.

Paulus lib. 15. Quaest. (l. 90. D. de R. J. 50, 17.); lib. 16. ad Sabin. (l. 19. pr. D. de capt. 49, 15.) [aequitas naturalis]; Modestinus lib. 8. Resp. (l. 25. D. de legg. 1. 3.).

Sodann aus den Conſtitutionen der Kaiſer: Antoninus et Verus bei Papir. Justus lib. 1. de Constit. (l. 3. pr. D. de l. Jul. de ann. 48, 12.); Antoninus in l. 4. C. de edend. 2, 1.; Alexander in l. 8. C. eod. und l. 1. C. de repud. 5, 17.; Gordianus in l. 3. C. de bon. auct. jud. 7, 72.

§. 75.

Bedeutung der aequitas für das jus.

Erwägen wir nun auf Grund der gegebenen Belege die ſachliche Bedeutung der aequitas für das Recht, ſo erkennen wir ſolche, — wofür die allgemeinen Grundlagen bereits in §. 66. gegeben ſind, — als eine vierfache an: als Norm nämlich der werthſchätzenden Beurtheilung des gegebenen Rechtes; als legislatoriſche Quelle ferner, wie überhaupt als Princip für neue Rechtsſchöpfungen; ſodann als Quelle der jurisdictionellen Entſcheidung; endlich als Princip der Auffaſſung des gegebenen Rechtes. In dieſer letzteren Beziehung kommt nur das vierte Princip, und auch dieſes nur partiell in Betracht, daher inſoweit die Bedeutung der aequitas eine ganz ſpecielle iſt (vergl. §. 66.) und auch gegenwärtig nicht weiter in Unterſuchung gezogen wird. Gleiches gilt von der Bedeutung der aequitas als Quelle jurisdictioneller Entſcheidung, welche lediglich auf dem fünften Principe beruht (vergl. §. 66.), jedoch in §. 76. zur näheren Erörterung gelangen ſoll. Dagegen eine generelle, auf der Geſammtheit der fünf Principien beruhende Bedeutung gewinnt die aequitas nur in den beiden erſten der genannten vier Punkte, zu deren Erwägung wir im Nachſtehenden übergehen.

Als Norm der abſchätzenden Beurtheilung des gegebenen Rechtes erlangt die aequitas zunächſt lediglich eine rein ſpeculative Bedeutung: lediglich vom Standpunkte theoretiſcher Reflexion wird das gegebene Recht theils nach ſeinen Inſtituten[548]), theils nach ſeinen einzelnen, ſpeciellen[549]) oder mehr generellen[550]) Satzungen, theils nach ſeinen allgemeinen leitenden Principien[551]), theils nach ſeiner äußeren Erſcheinung in den legislativen Producten[552]) in's Auge gefaßt und nach dem Maaßſtabe der aequitas in ſeiner Uebereinſtimmung oder Disharmo-

548) So z. B. die condictio indebiti von Papinian. in lib. 8. Quaest. ſ. §. 67.

549) So z. B. Ulpian. in lib. 31. ad Sabin. ſ. §. 71.

550) So z. B. Paulus in lib. sing. de concurrent. action. ſ. §. 71.

551) So z. B. Pomponius in lib. 14. ad Sabin. ſ. §. 71.

552) So z. B. Ulpian. in lib. 11. ad Edict. ſ. §. 71.

nie [553]) mit dieſer abgeſchätzt. Das Urtheil ſelbſt aber erſcheint hierbei in der erſteren Beziehung wiederum in der doppelten Form, daß der in Betracht gezogene Theil des Rechtes ebenſowohl einfach als mit der aequitas übereinſtimmend, als auch um der aequitas willen conſtituirt oder aus derſelben hergefloſſen bezeichnet wird.

Dieſe Anwendung der aequitas können wir im Leben, wie in der Wiſſenſchaft Rom's als eine allgemein verbreitete anſehen, indem zahlreiche Beiſpiele dafür in den Quellen uns entgegentreten und Zeugniß ablegen. Allein trotz dieſer Univerſalität erſcheint jene Abſchätzung des Rechtes, ſelbſt inſofern ſie ſich über das Gebiet der rein vulgären Anſchauung erhebt, an ſich nur als ſterile Speculation, weil die aequitas aller eigenen, ſelbſtgegebenen practiſchen Wirkungen entbehrt: der Umſtand, daß ein gegebener Rechtsſatz der aequitas untergeordnet wird, hat an ſich durchaus keine Wirkung Rechtens, vielmehr ſind die rechtlichen Erſcheinungen, welche mit jener Unterordnung in innerem Zuſammenhange ſtehen, ſtets nur Grund, nicht Folge dieſer Unterordnung. Gerade hierin aber iſt zugleich der Grund zu finden, daß weder das Gebiet der aequitas nach Außen hin ſcharf abgegränzt und das aequum et bonum innerhalb des Rechtes in ſeiner Totalität als ein aequum jus feſt abgeſchloſſen iſt, noch auch für daſſelbe allgemeine practiſche Criterien aufgeſtellt werden können.

Iſt ſonach der aequitas in dieſer ihrer rein theoretiſchen Stellung, als Norm der werthſchätzenden Beurtheilung des gegebenen Rechtes, nur die Bedeutung zuzugeſtehen, daß ſie Kunde giebt von der Richtung in dem Streben des Zeitgeiſtes; müſſen wir dagegen im Uebrigen derſelben alle ſelbſteigene practiſche Bedeutung und Brauchbarkeit abſprechen, ſo haben wir doch gleichzeitig anzuerkennen, daß ſolche Bedeutung von Außen her mit jener Abſchätzung des Rechtes ſich verbindet, inſofern das Urtheil der Disharmonie des gegebenen Rechtes mit der aequitas ſehr häufig als Rechtfertigungsgrund für eine neue Rechtsſchöpfung hingeſtellt wurde, wie denn überhaupt lediglich die Stellung als

553) So z. B. Labeo bei Ulp. lib. 76. ad Edict. ſ. §. 71. und bei Pomponius lib. 32. ad Sabin. ſ. §. 73.; Papinian. in lib. 8. Quaest. ſ. §. 73.

Quelle des Rechtes den Grund enthält, daß die aequitas als Maaßſtab der Beurtheilung des gegebenen Rechtes von der Wiſſenſchaft in ſo ausgedehntem Maaße anerkannt wurde.

Als Quelle neuer Rechtsſatzung, worauf die zweite ſachliche Bedeutung der aequitas für das Recht beruht, kommt dieſelbe für uns nur inſoweit in Betracht, als unter ausdrücklicher Berufung auf ſie ein neuer Rechtsſatz geſchaffen wird, der dann entweder ſuppletoriſch oder correctoriſch zum gegebenen Rechte ſich verhält. Im letzteren Falle concurrirt häufig, wie bemerkt, ein den beſeitigten Rechtsſatz verwerfendes Urtheil nach Maaßgabe der aequitas, wo dann die verworfene Norm entweder an und für ſich und ohne Rückſicht auf ihre Anwendung auf den gegebenen concreten Fall [554]), oder lediglich in dieſer ihrer Anwendung [555]) in's Auge gefaßt und beurtheilt iſt. Um jedoch dieſe Bedeutung der aequitas richtig zu würdigen, iſt es nöthig die mehrfachen Modalitäten, in denen zu Rom die Rechtsbildung in's Leben trat, je nach ihrer inneren Verſchiedenheit zu diſtinguiren. Vor Allem kommt hierbei in Betracht die eigentliche legislative Rechtsproduction, welche ſich, mag ſie ausgehen von welchem Organe der Staatsgewalt ſie wolle, in Aufſtellung abſtracter Regeln für die Geſammtheit aller weſentlich gleichen Rechtsverhältniſſe äußert. Dieſe in Wahrheit legislative Rechtsbildung beruht, abgeſehen von der consuetudo, vornämlich auf den leges und Senatusconſulten, wie auf den Edicten der Kaiſer und Magiſtrate, dagegen in nur untergeordneterem Maaße auf den wiſſenſchaftlichen Bearbeitungen des Rechtes Seitens der Juriſten. Hier allenthalben finden wir aber nur verhältnißmäßig ſeltene Berufungen auf die aequitas, und wenn wir auch anerkennen, daß mit wenigen Ausnahmefällen auch dieſe Rechtsbildung in Wahrheit ſtets nach Maaßgabe der aequitas erfolgte, ſo liegt doch dieſer Umſtand dem gegenwärtigen Geſichtspunkte unſerer Erörterung fern, indem nur diejenigen Acte der Rechtsbildung für uns in Betracht kommen, wo der betreffende Conſtituent ſeine eigene Satzung auf die aequitas als deren Quelle

554) So z. B. von Papinian. in lib. 6. und 8. Quaest., wie von Marcian. in lib. sing. ad S. C. Turpill. ſ. §. 73.

555) So z. B. von Javolenus in lib. 6. Epist., Julianus in lib. 18. und 86. Digest. ſ. §. 73.

zurückführt. Hierin liegt zugleich der Grund, weshalb wir der Ueberweiſung fremder Rechtsſchöpfungen an die aequitas, welche wir namentlich bezüglich der prätoriſchen Edicte häufig bei den Kaiſern und Juriſten vorfinden, höchſtens die Bedeutung eines wiſſenſchaftlichen Urtheiles einzuräumen vermögen, ſelbſt wenn ſolches Urtheil in der Modalität zu Tage tritt, daß der betreffende Juriſt in der Anſchauung auf den Zeitpunkt ſich zurückverſetzt, wo das in Wahrheit bereits längſt verwirklichte Gebot der aequitas erſt zu poſitivem Rechte erhoben wurde, wie z. B. Gajus lib. 16 ad Edict. prov., Paul. lib. 41. ad Edict. (ſ. §. 70.).

Dagegen tritt die aequitas als Quelle des Rechtes auf einem anderen Gebiete der Rechtsproduction um ſo bedeutungsvoller hervor, nämlich auf dem Gebiete der concreten Specialverfügung hinſichtlich der privatrechtlichen Verhältniſſe. Eine derartige Rechtsbildung, welche unſerem modernen Staatsrechte in jener Anwendung auf das Privatrecht gänzlich fremd iſt, indem vielmehr deren Verfahren unter der Bezeichnung Cabinetsjuſtiz von uns als unſtatthaft verworfen wird, war dem römiſchen Leben wenigſtens von der gegenwärtigen Periode an vollkommen unanſtößig und zuläſſig, und wurde auch in der freieſten und ausgedehnteſten Maaße in Anwendung gebracht. Derartige Rechtsproductionen nun, welche wir in Ermangelung eines entſprechenderen Ausdruckes auf eine decretive Gewalt zurückführen können, und als deren Träger wir die Juriſten, wie auch die Kaiſer und die Prätoren [556]) anzuerkennen haben, offenbart ſich aber an und für ſich ſtets nur in Beziehung auf den einzelnen Rechtsfall und auf das concrete Rechtsverhältniß, hier aber wieder in der doppelten Modalität, daß dieſe Satzungen theils in ſuppletoriſcher Weiſe eingreifen, indem ſie für den einer rechtlichen Norm gänzlich entbehrenden concreten Fall eine bindende Regel der rechtlichen Beurtheilung aufſtellen, theils in correctoriſcher Weiſe, indem der gegebenen abſtracten geſetzlichen Norm zunächſt für den einzelnen Fall die bindende Kraft abgeſprochen und eine andere, neugeſchaffene Regel ſubſtituirt wird. Indem jedoch die neu conſtituirte Regel entweder durch ihre generelle Faſſung zugleich als Norm für ähnliche künftige Fälle ſich manifeſtirte,

556) Papinian. in lib. 6. Quaest. (ſ. §. 73.) nennt daneben auch die pontifices in Fragen des die Rechte des Einzelnen betreffenden jus sacrum.

oder, insoweit ihr eine nur specielle Beziehung gegeben war, sie doch als Präjudiz für ähnliche künftige Fälle diente, insofern erscheinen zwar auch diese Rechtsproductionen gegenüber diesen künftigen Fällen zugleich als abstracte Normen; allein dieser weitere Moment bleibt für unseren gegenwärtigen Gesichtspunkt gleichgültig, da wir dermalen nur jenen decretiven Character solcher Normen in's Auge fassen.

Was nun zunächst die diesem Gebiete anheimfallende prätorische Rechtsbildung betrifft, so giebt sich dieselbe vornämlich theils in den actiones utiles und in factum, theils in den exceptiones in factum kund, insofern solche im Edicte weder proponirt, noch besonders vorbehalten waren[557]). Zwar mangelt auch hier eine ausdrückliche Berufung auf die aequitas, allein die Letztere ist wenigstens in dem Rescripte des Antoninus Pius bei Marcellus lib. 3. Digest. (s. §. 73.), in welchem diese decretive Gewalt der Prätoren besonders anerkannt wird, ebenso wie anderwärts von den Juristen und Kaisern als die materielle Quelle der neuen prätorischen Rechtssatzung besonders anerkannt.

Dagegen in den Rescripten der Kaiser, wie vornämlich in den Responsen der Juristen nehmen wir zahlreiche Kundgebungen dieser decretiven Gewalt in der Weise wahr, daß bei Derogirung des gegebenen Rechtes das Letztere regelmäßig durch die Bezeichnungen rigor, subtilitas, strictum u. dergl. characterisirt, die neugeschaffene correctorische Norm aber durch die Berufung auf die humanitas, das benignum u. dergl., seltener durch die aequitas oder das aequum et bonum[558]) u. dergl. gerechtfertigt wird. Dagegen bei suppletorischen Rechtsschöpfungen wird die aequitas, aequitatis ratio, die ratio naturalis, das bonum et aequum häufig als Quelle angeführt und dann ihr Gegensatz meist als jus oder juris ratio u. dergl. bezeichnet[559]).

---

557) Vergl. Labeo bei Paul. lib. 49. ad Edict. s. §. 74.; Papinian. in lib. 2. Respons. s. §. 71.; Ulpian. in lib. 2. Disput. s. §. 71, und lib. 79. ad Edict. (l. 2. §. 1. D. si quis caut. 2, 11.) s. §. 73; Alexander in l. 1. C. de interd. 8, 1. s. §. 73.

558) So findet sich aequitas bei Antoninus Pius in Marcellus lib. 3. Digest. s. §. 73.; aequum et bonum bei Papinian. lib. 5. Respons. s. §. 72.

559) So z. B. bei Labeo in Paul. lib. 49. ad Edict. s. §. 74.; Scaevola lib. sing. quaest. s. §. 73.; Papinian. lib. 2. Respons. s. §. 71.

So ſehen wir, wie dieſe Verſchiedenheit der Rechtsbildung zu Rom von Einfluß iſt auf das äußerliche Hervortreten der aequitas in den Quellen; allein gleichzeitig knüpft ſich auch an ſolche Diſtinction jene innere Verſchiedenheit der Bedeutung des fünften Principes für die Rechtsbildung, welche wir bereits in §. 66. hervorhoben. Während nämlich die erſten vier Principien — mit Ausnahme natürlich des vierten Principes, inſoweit daſſelbe lediglich auf die Auffaſſung des gegebenen Rechtes ſich bezieht — ſowohl für jene eigentlich legislativen, wie für dieſe decretiven Rechtsſchöpfungen in gleicher Maaße poſitiv ſtoffbildend, die Rechtsmaterie ſelbſt geſtaltend einwirken, ſo macht das fünfte Princip in den Händen der eigentlich legislativen Rechtsbildung im Allgemeinen nur in negativer Modalität ſich geltend, in der Weiſe nämlich, daß es einen freien Raum für das richterliche Ermeſſen öffnet und ebnet. Dahingegen im Munde jener, den römiſchen Verhältniſſen eigenthümlichen decretiven Rechtsproduction gewinnt dieſes fünfte Princip eine noch bei Weitem höhere Bedeutung dadurch, daß es nicht blos in jener negativen Weiſe, ſondern auch zu einer poſitiven Kundgebung gelangt, indem hier das Organ der Rechtsbildung in der That in den Stand geſetzt iſt, die Individualität des concreten Verhältniſſes allſeitig zu berückſichtigen und hierauf ſodann eine normative Regel zu ſtützen.

Auf dieſer ihrer Stellung als materieller Quelle, aus der das Recht in ſeiner ſteten Fortbildung ſich ergänzte, beruht aber vornämlich die hohe und practiſche Bedeutung der röm. aequitas: ſie iſt die neben dem Rechte ſtehende ideelle Potenz, deren Stoff unvermiſcht aus der Quelle einer wenigſtens annäherungsweiſe abſoluten Wahrheit geſchöpft wird und ununterbrochen in Recht ſich verwandelt, ohne jemals erſchöpft zu werden; ein Stoff, der unter dem Einfluſſe der concreten Anſchauung mit noch unübertroffenem juriſtiſchen Tacte erkannt und als ein Lieblingskind des römiſchen Geiſtes, als Product einer freien Kunſt zu Tage gefördert wurde.

§. 76.

Fortsetzung.

(Bedeutung der aequitas für das jus.)

Als Quelle jurisdictioneller Entscheidung gelangt die aequitas nur in Vertretung des fünften Principes in der in §. 66 angegebenen Modalität zu maaßgebendem Einflusse, diesfalls aber auch sowohl für den außergerichtlichen compromissorischen arbiter, wie für die öffentliche erkennende Behörde. Die erstere dieser beiden Beziehungen bedarf keiner weiteren Erörterung, dagegen die Anwendung der aequitas von Seiten des Richters betreffend, so haben wir vor Allem uns zu vergegenwärtigen, wie dasjenige, was wir im modernen Staatsleben als die richterliche Gewalt begreifen, im röm. Staatsrechte ein doppeltes Stück umfaßte, nämlich theils die Instruction des Processes, theils die Entscheidung der Sache selbst. Die Erstere kam nur den Prätoren, wie anderen Magistraten zu, während die Letztere den Richtern und Richtercollegien, wie auch den Kaisern, und ebenso den Prätoren bei den causae extraordinariae, oder besonderen Behörden z. B. dem consilium manumissionis zustand. In allen diesen Fällen rechtlicher Entscheidung griff nun die aequitas nur in jener in §. 66 angegebenen beschränkteren Maaße Platz, und während die legislativen Organe bei ihrer rechtsconstituirenden Thätigkeit in Anwendung von jener äußerlich nicht beschränkt erscheinen, so ist bei der rechtlichen Entscheidung lediglich ein suppletorischer Gebrauch der aequitas und selbst dieser nur insoweit statthaft, als entweder vom Gesetzgeber oder vom Proceß instruirenden Magistrate dazu Gelegenheit und Raum besonders nachgelassen ist.

Vom Gesetzgeber selbst geht aber eine solche Veranlassung, ja Ermächtigung zur Entscheidung nach Maaßgabe der aequitas in der Weise aus, daß der Thatbestand, an welchen die gesetzliche Disposition angeknüpft ist, zwar gegeben, aber nicht als ein absoluter determinirt ist. Denn die gesetzlichen Dispositionen sind in der hier fraglichen Beziehung von doppelter Beschaffenheit, je nachdem nämlich die Ausdrücke, welche den gesetzlich erforderten Thatbestand angeben, Begriffe vertreten, die ihrem Inhalte, wie Umfange nach genau und ein für allemal bestimmt

ſind, oder aber Begriffe, die lediglich ein thatſächliches und wirkliches Relativum vertreten. In dieſer Weiſe enthält z. B. die Feſtſetzung von einer Stunde einen ſeinem Umfange nach feſt abgeſchloſſenen Begriff, weil nur das Maaß von 60 Minuten, kein anderer Zeitraum darunter fällt, während die mäßige Zeit ebenſowohl 30, als 60 Minuten umfaſſen kann und ſomit ihrem Umfange nach mehr oder minder unbeſtimmt erſcheint. Einen ähnlichen Gegenſatz bietet ferner z. B. der Begriff der Nichtzahlung einerſeits, des Verzuges andrerſeits. Da nun im erſteren Falle der geſetzliche Thatbeſtand in jeder Beziehung als ein abſoluter determinirt iſt, ſo beſteht hier die Thätigkeit des Richters einzig und allein darin, im Wege einer Subſumtion des concreten Falles unter den geſetzlich gegebenen Thatbeſtand zu einer Concluſion zu gelangen, welche, das Urtheil bildend, die abſtract ausgeſprochene Rechtsregel auf den vorgelegten Fall überträgt und ſo concret reproducirt. Dagegen im anderen der beiden obigen Fälle, wo der geſetzlich gegebene Thatbeſtand lediglich als ein relativer determinirt iſt, umfaßt das richterliche Officium den doppelten Moment, daß der Richter nicht allein jene Subſumtion vornimmt, ſondern auch im Hinblick auf die beſonderen Verhältniſſe des ihm vorliegenden concreten Verhältniſſes den noch unbeſtimmten Umfang des geſetzlich gegebenen Begriffes ſelbſtſtändig determinirt, indem er nach eigenem Ermeſſen entſcheidet, ob dieſer Begriff den vorgelegten Thatbeſtand mit umfaſſe oder nicht. Somit enthält hier die richterliche Thätigkeit nicht allein den logiſchen Syllogismus, d. i. jene Subſumtion, ſondern auch eine auf den concreten Fall bezogene nähere Determinirung des geſetzlich gegebenen, thatſächlichen und wirklichen Relationsbegriffes.

Bei derartigen legislativen Relationsbegriffen tritt nun die aequitas als Quelle des Rechts hervor, ſo z. B. beim Begriff der mora [560]), der impensae necessariae [561]), des tempus restituendi [562]) u. a. m. und wird auch von den römiſchen Juriſten

560) Marcian. lib. 4. Regul. (l. 32. pr. D. de usur. 22, 1.), ſ. unten Note 570. Dieſe Stelle iſt ſehr bemerkenswerth, weil ſie beweiſt, wie klar die Römer den obigen Unterſchied erkannten.

561) Celsus lib. 3. Dig. (l 38. D. de R. V. 6, 1.).

562) §. 2. J. de offic. jud. 4, 17.

namentlich hervorgehoben, ſo von Celſus in Paul. lib. 17. ad Plaut. (ſ. §. 73) bezüglich der mora, von Scaevola in lib. sing. Quaest. (ſ. §. 73) bezüglich der accessiones possessionum, von Ulpianus in lib. 25. ad Edict. (ſ. §. 73) bezüglich der sumtus funeris bei der actio funeraria und in lib. 51. ad Edict. (ſ. §. 73) bezüglich des modicum tempus ad solutionem legati. Die überwiegend häufige Anwendung findet in dieſer Maaße die aequitas im Proceſſe durch den Richter und dann bietet eine beſondere Veranlaſſung ihres Gebrauches auch der Fall, wenn bei einem Rechtsgeſchäfte eine Wortfaſſung angewendet iſt, welche gleichfalls nur einen Begriff von jenem unbeſtimmten Umfange an die Hand giebt, indem auch dieſsfalls der Richter nach Maaßgabe der aequitas ergänzend und feſtſtellend eingreift. Beiſpiele hierfür bieten Venulejus lib. 1. Stipul. (l. 137. §. 1. 2. D. de V. O. 45, 1.), Ulpian. lib. 50. ad Sabin. (l. 41. pr. D. eod.), ſowie lib. 51. ad Edict. (l. 71. §. 2. D. de legat. I.), wo in Stipulationen und Legaten die Angabe der Leiſtungsfriſt fehlte [563]).

Ebenſo greift in anderen Fällen einer der richterlichen analogen Cognition die aequitas in jener Maaße Platz, ſo z. B. Seitens des Prätors hinſichtlich der Frage, was eine justa causa der in integrum restitutio iſt, in Folge der clausula generalis im Edicte [564]); ferner bezüglich der justa causa manumissionis Seitens des consilium manumissionis nach der lex Aelia Sentia u. a. m., wie denn auch die Fälle hierher zu ziehen ſind, wo der Prätor die Ertheilung einer Klage von einer vorgängigen ſpeciellen Cognition abhängig macht [565]).

Von Seiten des den Proceß inſtruirenden Inhabers der jurisdictio dagegen wird dem Richter in doppelter Modalität die Ermächtigung zur Entſcheidung nach Maaßgabe der aequitas ertheilt, und zwar zunächſt in der nämlichen Weiſe, wie von Sei-

563) Dies gilt jedoch nur inſoweit, als eine derartige Unbeſtimmtheit der Willenserklärung nicht zur Nullität der betreffenden Beſtimmung führt; ſo z. B. in der von Ulpianus lib. 1. Respons. (l. 31. D. de usur. 22, 1.) angegebenen Beziehung.

564) Vergl. Ulpian. in lib. 12. ad Edict. ſ. §. 73.

565) So z. B. Interdum causa cognita, etsi, scientia non sit, in factum actionem permittam im Edicte Quae Lucius Titius fraudandi causa in l. 10. pr. D. quae in fraudem credit. 42, 8.

ten des Geſetzgebers, indem in der formula ein ſeinem Umfange nach unbeſtimmter Begriff geſetzt iſt. Dies tritt namentlich ein bei allen condemnationes infinitae und cum taxatione [566]), wo der Richter unter Erwägung der Individualität des concreten Falles den Umfang des quanti res est und dergl. beſtimmt. In dieſen Fällen macht ſich die aequitas in gleicher Maaße wie bei dem obigen Verhältniſſe geltend, wird jedoch nicht in der gleichen Maaße hervorgehoben.

Im Weſentlichen das nämliche Verhältniß waltet ob bei den bonae fidei judicia. Denn indem hier der Richter zu entſcheiden hat, was der Beklagte dem Kläger zu leiſten hat „ex bona fide" d. i. ex aequo et bono [567]) und ſomit die aequitas als Richtſchnur des Verhaltens des Beklagten anerkannt wird, ſo wird hiermit dem Richter die Entſcheidung darüber in die Hand gelegt, was in dem zu beurtheilenden Falle als Gebot der aequitas anzuſehen ſei, und dieſe Fixirung des Umfanges der durch die aequitas gebotenen Pflichten des Beklagten kann ſelbſt nur nach Maaßgabe der aequitas erfolgen. Hier wird daher von Gajus IV, 61., Paulus lib. 3. ad Plaut., Tryphoninus lib. 9. Disput. (ſ. Beilage VII. §. 13.) die Herrſchaft der aequitas beſonders hervorgehoben.

Einem anderen Geſichtspunkte ſind diejenigen Fälle unterzuordnen, wo der Prätor den Richter geradezu anweiſt, nach Maaßgabe der aequitas zu erkennen. Dies geſchieht bei den actiones in aequum et bonum conceptae durch die Formeln: quantum ob eam rem aequum judici videbitur, quanti bonum aequum judici videbitur, quanti ob eam rem aequum videbitur, aequius melius [568]) und dergl., ſowie bei den actiones arbitrariae durch die Clauſel nisi arbitratu tuo restituet [569]). Bei beiden Claſſen von Klagen erkennen die römiſchen Juriſten das Walten der

566) Vergl. Keller, Civilproc. p. 168 ff.

567) Vergl. Beilage VII. unter A.

568) l. 1. pr. D. de his qui effud. 9, 3. — l. 42. D. de aedil. ed. 21, 1. — l. 3. pr. D. de sepulcr. viol. 47, 12. — Cic. Top. 17. de Off. III, 15. l. 82. D. de solut. 46, 3. l. 66. §. 7. solut. matr. 24, 3.

569) Vergl. Beilage VII. §. 28. Analog iſt die Formel in der actio injuriarum auf das servum verberandum exhibere nach Ulp. lib. 57. ad Edict. (l. 17. §. 4—6. D. de injur. 47, 10.).

aequitas beſonders an, und zwar bei den arbitrariae actiones Ulpian. in lib. 27 ad Edict., ſowie der Juriſt, aus welchem §. 31. J. de action. 4, 6. (ſ. §. 73) entnommen iſt, bezüglich der actiones in bonum et aequum conceptae aber, z. B. bei der injuriarum actio Ulpianus in lib. 57. ad Edict. (ſ. §. 73.), Paulus in lib. 55. ad Edict. (ſ. §. 73.) und in lib. sing. de concurrent. action. (ſ. §. 71.).

In allen dieſen Fällen richterlicher Cognition erſcheint nach römiſcher Anſchauung als Vehikel der aequitas das factum im Gegenſatze zum jus [570]), während das Recht, inſofern es dieſem Wirken der aequitas ſich entzieht, als merum jus [571]) ſich characteriſirt im Gegenſatze zu den in der obigen Weiſe der aequitas ſich unterordnenden und unter deren Einfluſſe in concreto verſchieden ſich geſtaltenden Rechtsſatzungen. Dagegen der Richter, inſoweit, als in dieſer Maaße die aequitas leitende Norm ſeiner Entſcheidung iſt, wird zum vir bonus oder bonus judex, ſein Urtheil aber zum arbitratus oder arbitrium [571 a]).

---

570) So namentlich Marcianus lib. 4. Regul. (l. 32. pr. D. de usur. 22, 1.): Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est si interpellatus opportuno loco non solverit; quod apud judicem examinabitur. Nam, ut et Pomponius lib. XII. Epistol. scripsit: difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit: an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse, quum sit magis facti, quam juris; auch Paulus lib. V. ad Sabin. (l. 24. D. de R. J.): Quatenus cujus intersit, in facto non in jure consistit. In gleicher Weiſe wird ein Verhältniß, deſſen rechtlicher Character lediglich auf einem Schutze des Prätors beruht, factum im Gegenſatze zum jus genannt, ſo z. B. von Paulus lib. 3. ad Edict. (l. 27. §. 3. D. de pact. 2, 14.): in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur; ebenſo von Modestinus lib. 8. Different. (l. 10. D. de capit. minut. 4, 5.), und hieraus erklärt ſich die Benennung actio, exceptio in factum. Vergl. im Uebrigen Schilling, Inſtit. §. 6. Note f. §. 68. Zuſatz. Böcking, Pand. 2. Aufl. §. 102. Note 1.

571) So bei Paulus lib. 54. ad Edict. (l. 4. §. 27. de usurp. 41, 3.): nec de via quis mero jure detruditur; Ulpianus lib. 11. ad Edict. (l. 16. pr. de min. 4, 4.): si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. Merum jus bezeichnet ſomit eine ganz ſpecielle Beziehung des strictum jus.

571 a) Vergl. Beilage VII. unter D.

§. 77.

Strictum jus.

Der Begriff des jus, insoweit mit diesem die aequitas in eine der in §. 75. 76. angegebenen Verbindungen tritt, bedarf keiner weiteren Erörterung; denn jene Verbindung involvirt weder eine logisch systematische, noch eine derartige materiale Beziehung beider Begriffe zu einander, welche eine wesentliche Relation zwischen denselben begründete. Daher wird der Begriff des Rechtes durch den Begriff der aequitas nicht afficirt und fällt in Folge dessen auch nicht unter diejenigen Objecte, deren besondere Erörterung die Aufgabe dieses Capitels bildet. Eine Ausnahme hiervon tritt jedoch insoweit ein, als die aequitas zum Maaßstabe der werthschätzenden Beurtheilung des Rechtes sich erhebt und aus dieser ihrer Operation eine Eintheilung des jus selbst in ein strictum oder subtile oder civile jus und in ein aequum et bonum oder naturale jus (im Sinne eines benignum oder aequum jus) hervorgeht. Hier erscheinen diese beiden sich ergebenden Glieder als Theile einer Begriffsreihe und durch die systematische Form der Eintheilung verbunden, daher hier eine weitere Erwägung des Wesens dieser Eintheilung und der daraus sich ergebenden Prädicirung des Rechtes nothwendig wird.

Der Begriff des aequum et bonum (im Sinne eines aequum jus) unterliegt hierbei durchaus keinem Bedenken, indem derselbe als Inbegriff derjenigen Rechtssatzungen sich darstellt, welche unter der Herrschaft der durch die aequitas gebotenen Principien stehen und somit der ratio aequitatis oder naturalis ratio oder humanitas oder benignitas sich unterordnen. Dagegen der Begriff des strictum jus bestimmt sich zwar in entsprechender Weise als Summe derjenigen Rechtssatzungen, welche von den dem jus anheimfallenden Principien beherrscht und somit von einer juris oder civilis oder stricta ratio oder subtilitas oder einem rigor juris bestimmt werden, allein mit dieser Begriffsbestimmung entsteht zugleich die weitere Frage, in welcher Weise der rigor juris selbst von den römischen Juristen definirt worden ist, und gerade diese Frage wiederum ist es, die wir zwar auf Grund unserer Erkenntniß des historischen Entwickelungsganges des römischen Rechtes zu beantworten anstreben mögen und im

III. Tbl. auch unternehmen werden, für welche aber die Theorie ſelbſt der römiſchen Juriſten nur unſichere und ſchwankende Unterlagen bietet.

Der Hauptpunkt, worauf es hierbei in letzter Inſtanz ankommt, iſt, die Principien zu erkennen, von welchen, als dem rigor juris, das älteſte römiſche Recht im Allgemeinen beherrſcht wurde. Die hiermit in unmittelbarer Berührung ſtehende Frage aber, welche gegenwärtig für uns beſtimmend iſt, geht dahin, feſtzuſtellen, ob die römiſchen Juriſten ſelbſt zu einer klaren und bewußten Erkenntniß dieſer Principien ſich erhoben, oder ob ſie des rigor juris nur als einer reinen Negation der aequitas und der in dieſer feſtgeſtellten fünf Principien ſich bewußt geworden ſind. Jene erſtere Auffaſſung würde den rigor juris und das strictum jus als conträren, ſomit poſitiven Begriff der aequitas und dem aequum et bonum gegenüberſtellen, und auf eine Eintheilung hinweiſen, als deren leitender Geſichtspunkt die herrſchenden Principien des Rechtes im Allgemeinen anzuſehen wären und als deren Glieder in der aequitas und dem rigor zwei im Weſentlichen poſitive Principien einander gegenübertreten würden, während die andere Auffaſſung den rigor, wie das strictum jus lediglich als contradictoriſchen, ſomit rein negativen Begriff der aequitas und dem aequum et bonum entgegenſetzen und auf einen Eintheilungsgrund zurückführen würde, der überhaupt das Verhalten des Rechtes zur aequitas in's Auge faſſen und je nach deſſen Uebereinſtimmung oder Disharmonie dort als das Uebereinſtimmende ein aequum et bonum, hier als das nicht Uebereinſtimmende ein strictum jus feſtſtellen würde. Dieſe letztere Auffaſſung nun, welche für uns einen nur untergeordneten Werth haben kann, tritt mehrfach ganz unverhüllt zu Tage, ſo namentlich bei Gaj. lib. 16. ad Edict. prov. und Instit. III, 18—24. (ſ. §. 70.), bei Paulus lib. 41. ad Edict. (ſ. §. 70), bei Labeo in Ulp. lib. 37. ad Edict. (ſ. §. 71.), indem hier allenthalben das strictum jus, der rigor als rein negative Größe, als bloßer Inbegriff der Deficienz der Principien der aequitas, dieſer ſelbſt, wie dem aequum et bonum gegenübergeſtellt wird. Zwar finden wir hierneben nun auch Stellen, in denen strictum jus und rigor auf ein ſelbſtſtändiges und poſitives Princip hinweiſen und ſomit auf das Gebiet des conträren Gegenſatzes übertreten, ſo

namentlich Gaj. III, 137., IV, 30., Ulpian. lib. 48. ad Sabin. (ſ. §. 72.)[572]; allein wie wenig wir immerhin verkennen mögen, daß in derartigen Ausſprüchen die römiſche Jurisprudenz ſich in der That einer Erkenntniß der in dem alten Rechte ſich offenbarenden Principien annäherte, ſo bleiben doch jene nur an der Gränze des Gebietes ſolcher Erkenntniß ſtehen, ohne zu einer klaren und bewußten abſtracten Anſchauung, zu einer den gegebenen Stoff einheitlich erfaſſenden und durchdringenden Herrſchaft ſich zu erheben. Dies Reſultat iſt bedingt ſchon durch die Thatſache, daß die abſtracte und ſpeculative Anſchauung der Principien der aequitas ſelbſt mangelt, vielmehr im Allgemeinen nur in Detailfragen und concreten Erſcheinungsformen die Erkenntniß dieſer Principien zu Tage tritt und wirkſam wird (vergl. §. 66.). Indem daher die höhere, ſelbſtbewußte Einheit des Wiſſens der eigenen leitenden Grundideen mangelte und die aequitas meiſt nur ſtückweiſe und in einzelnen Punkten erſchaut ward, ſo wirkt nun dieſe unvollendete Auffaſſung auf die Erkenntniß der hiſtoriſch gegebenen Gegenſätze zurück und läßt auch dieſe nicht in ihrer Totalität und in ihren allgemeinen beſtimmenden Grundzügen wahrnehmen.

So gewinnen wir für unſeren gegenwärtigen Geſichtspunkt das Reſultat, daß, wie einerſeits die römiſche Theorie des Weſens der aequitas nur in unvollkommenerer Maaße ſich bewußt geworden iſt, ſo andrerſeits ſie in Fixirung des Begriffes von rigor und strictum jus ebenſowenig zu klarer abſtracter Anſchauung, zu einem allgemeinen Geſammtüberblicke ſich erhob, vielmehr noch in den erſten Stadien des Erkenntnißproceſſes ſtehen geblieben iſt.

Dieſes Reſultat wird auch beſtätigt durch die Lehren des Labeo von der aequitas civilis, wie des Paulus von der utilitas, indem in dieſen das vergebliche Beſtreben ſich offenbart, jenem

572) Nicht in Betracht kommen Stellen, wie Julianus lib. 29. Digest. ſ. §. 72., Papinianus lib. 5. Respons. ſ. §. 72., Ulpian. lib. 2. Disput. ſ. §. 71., Marcianus lib. sing. ad form. hyp. ſ. §. 71.; denn in allen dieſen Stellen wird eine rein concrete Entſcheidung nach Maaßgabe des rigor juris ohne weitere Beziehung auf das Weſen des rigor ſelbſt gegeben; jenes bleibt aber gleichgültig gegenüber der Frage nach dieſer Weſenheit, weil auch das negative Princip zu einer poſitiven Entſcheidung führen kann.

rigor und strictum jus die vollkommenere Existenz einer positiven Grundlage dadurch zu erringen, daß aequitas civilis und utilitas zum leitenden Princip des jus civile erklärt werden. Von der Lehre des Labeo insbesondere wissen wir jedoch ein Mehreres nicht, als was bei Ulpian lib. 37. ad Edict. (s. §. 71.) uns überliefert ist, daß nämlich der naturalis aequitas eine civilis aequitas gegenüberstehe, daher die letztere nothwendiger Weise als Inbegriff eigener, selbstständiger und zwar positiver Rechtsprincipien zu denken ist. Allein wenn immer in dieser Auffassung der erste Schritt zur Annäherung an die Wahrheit zu achten ist, so werden wir dennoch hinter jener Lehre in der That Nichts weiter, als diese ersten Anfänge zu suchen haben, da, wenn Labeo wirklich ein Mehreres geleistet hätte, die erkannten Wahrheiten in der römischen Jurisprudenz entschieden nicht wieder verloren gegangen sein würden.

Dieser Lehre des Labeo in zeitlicher Beziehung zunächst steht Julianus, der in lib. 86. Dig. (s. §. 73.) in den Worten:

Multa autem jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse,

erkennen läßt, wie bei ihm jene aequitas civilis in eine utilitas communis sich verwandelte, hiermit aber die Letztere zum leitenden Grundprincipe des jus civile sich erhebt.

An dieses Dogma schloß sich Paulus an: gleichwie nämlich das jus naturale ein aequum et bonum ist und somit in der aequitas sein maaßgebendes Princip findet, so ist, lehrt Paulus in lib. 14. ad Sabin. (s. §. 69.), das jus civile ein jus utile und erkennt somit in der utilitas seine leitende Grundidee an. Dieses jus utile oder civile aber ist zugleich auch das in lib. 2. Sentent. (s. §. 73.) besonders erwähnte jus strictum, wie sich daraus ergiebt, daß jenes, in nothwendiger Vertretung dieses Letzteren, den directen Gegensatz zur aequitas und naturalis aequitas selbst bildet, wie in lib. 41. ad Edict. (s. §. 70.) und lib. 71. ad Edict. (s. §. 74.) [572a]); daher ist denn auch der rigor juris lediglich jene utilitas und diese Letztere wiederum tritt in den Gegensatz

572a) Nicht widerstreitet lib. 15. ad Sabin. (s. §. 72.), da hier utilitas zwar im Gegensatz zur stricta ratio steht, allein gleichzeitig auch die aequitas vertritt, woraus sich ergiebt, daß in jener Stelle utilitas überhaupt ohne jene Beziehung zur obigen Theorie gesagt ist.

zur aequitas oder humanitas oder naturalis ratio, wie dies auch einige Bestätigung findet durch lib. sing. de jur. sing. (l. 16. D. de leg. 1, 3,):

Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

Auch in dieser Lehre erkennen wir somit aus den vereinzelten, bis auf uns herab sich erhaltenen Spuren das anerkennenswerthe Bestreben, die dem strictum jus eigenthümlichen Principien im Gegensatze zu der aequitas als positive Größen zu construiren. Allein auch dieser Versuch erscheint verfehlt einestheils, weil auch Paulus nicht vermochte, zu einer abstracten Anschauung und zum allgemeinen Begriffe der einzelnen, dem rigor juris sich unterordnenden Principien des alten Rechtes sich zu erheben, hiermit aber die richtige Einsicht in das wahre Wesen der Sache und der wirkliche und reelle Gewinn der Aufstellung eines Inbegriffes positiver Principien unerreicht blieb; sodann aber auch, weil der Grundgedanke selbst, von welchem Paulus in jenem Dogma ausging, ein irriger war. Denn zwar mochte sich die civilis ratio im Gegensatze zur naturalis ratio nicht mit Unrecht als utilitas characterisiren lassen (vergl. §. 58. bei Note 483.), allein, indem das jus civile mit dem strictum jus, gleichwie das jus naturale mit dem aequum et bonum verbunden und somit die utilitas mit dem rigor juris identificirt wurde, so erwuchs hiermit ein Fehler, der darin beruht, daß nunmehr der rigor juris oder die utilitas der aequitas in Wahrheit nicht in der Weise als ausschließender Gegensatz sich entgegenstellt, wie dies die Beschaffenheit des Gegensatzes von strictum jus und aequum et bonum an sich, und somit auch in seinen leitenden Principien erfordert (s. Note 572[a]).

Als Gesammtresultat aller obigen Erörterungen dürfen wir daher den Ausspruch hinstellen, daß die römischen Juristen zu einer Construction des rigor juris als Inbegriff positiver Principien sich nicht erhoben, sondern im Wesentlichen nur zu einer negativen Feststellung der betreffenden Principien gelangten, indem alle auf jenes Ziel gerichteten Versuche scheiterten und in der Hauptsache erfolglos blieben, demgemäß aber auch das strictum jus im Wesentlichen nur als negativer Begriff in den Quellen uns entgegentritt, als reine Verneinung nämlich des der aequitas sich unterordnenden Bestandtheiles des Rechtes.

§. 78.

Resultat.

Ein Rückblick auf die Schicksale der aequitas in der gegenwärtigen Periode zeigt, wie das gewichtigste und folgenreichste Ereigniß auf dem Gebiete dieser Lehre darin bestand, daß die Sphäre der wissenschaftlichen aequitas zum Umfange der vulgären aequitas sich erweitert: die Wissenschaft nimmt die Gesammtheit der Postulate der volksthümlichen Rechtsanschauung in sich auf und erhebt sich somit zur wahren Repräsentantin des rechtlichen Bewußtseins der Nation. Und indem hierbei die Mannichfaltigkeit des gegebenen Stoffes, wenn auch weniger zur Allgemeinheit des leitenden Begriffes selbst abstrahirt, sondern überwiegend nur in concreter Beziehung und in Darlegung der besonderen Erscheinungsform offenbart ward, so treten doch hierin immerhin bestimmte maaßgebende Principien hervor und wirken in ihrer mehr concreten und allgemein verständlichen, dabei aber wissenschaftlichen und präciseren Kundgebung kräftigend auf das Rechtsbewußtsein der Nation selbst zurück, indem sie die leitenden Ideen, welche die allgemeine Richtung des Zeitgeistes in Bezug auf das Recht bestimmten, zu einer deutlicheren Erkenntniß führten. Indem somit die Principien der aequitas immer schärfer zu Tage traten und bestimmter sich abgränzten; indem die ihnen untergeordnete Materie mehr und mehr sich gruppirte und abschichtete, hiermit aber der Gesammtinhalt der Anforderungen der volksthümlichen Rechtsüberzeugung einen wissenschaftlichen und bestimmteren Ausdruck erhielt, so haben wir gerade hierin das besondere Verdienst und die dieser Periode eigene That anzuerkennen, während das Hervortreten selbst und die Verwirklichung aller dieser Principien in der Rechtsbildung bereits in den früheren Jahrhunderten ihren Anfang nahm. Wohl aber wirkte jenes allgemeinere Erkennen und bestimmtere Aussprechen der der aequitas inliegenden Ideen auf die Rechtsbildung selbst wiederum fördernd und kräftigend ein, indem die Letztere nunmehr mit größerer Bestimmtheit und in umfassenderer Weise jene Principien der aequitas verwirklichte und in den bürgerlichen Verkehr einführte.

Jene wissenschaftliche, höhere Erkenntniß der aequitas beruht

aber ſelbſt auf dem in §. 51. hervorgehobenen Umſtande, daß mit der gegenwärtigen Periode eine ausgebildete Reflexion über das Weſen des Rechtes und deſſen Materie die Wiſſenſchaft zu einer vollkommeneren Herrſchaft über ihren Stoff erhob, und daß die Thatſache, wie in dem Rechte ſelbſt mannichfache Gegenſätze ſich vorfanden, ja andrerſeits auch daſſelbe in zahlreichen Punkten in einem Widerſpruch mit der herrſchenden rechtlichen Ueberzeugung ſtand, zu eigener umfaſſender Erkenntniß und zu vollkommenerem Bewußtſein der Wiſſenſchaft gelangte. Denn in Folge dieſes Gegenſatzes erhebt ſich die aequitas in größeren Dimenſionen aus der Sphäre der vulgären Anſchauung und erlangt, in die Wiſſenſchaft eintretend, hier einen mächtigen Einfluß auf die Rechtsbildung und damit zugleich jene Freiheit der Bewegung, die andererſeits wiederum darauf beruht, daß die aequitas in Wahrheit von dem Rechtsbewußtſein der geſammten Nation getragen iſt.

Zugleich regte aber auch dieſe Erkenntniß wiederum zu weiterer Forſchung nach den Principien ſelbſt des Rechtes im Allgemeinen an, wovon wir namentlich bei Labeo und Paulus die deutlichſten Spuren vorfinden.

Mit dieſer wiſſenſchaftlichen Erkenntniß der aequitas concurrirt als ſelbſtſtändiger Moment die Verbindung des aequum et bonum mit dem jus naturale, ein Vorgang, der in §. 61. 64. u 95. näher beſprochen iſt und insbeſondere dadurch folgenreich wird, daß nunmehr die aequitas eine theoretiſch begründete, ſpeculative Subſtruction und damit eine beſtimmtere und feſtere Stellung erhält, die ihr geſtattet, mit größerer Sicherheit und Freiheit gegenüber dem gegebenen Rechte in ihrem Urtheile aufzutreten, wie mit größerer Beſtimmtheit und mit mehr Nachdruck ihren Poſtulaten die Verwirklichung im Rechte zu beanſpruchen und zu erringen.

Alle dieſe Umſtände wirken aber wiederum in der doppelten Weiſe, daß die aequitas von den Organen der Rechtsbildung, wie von den Trägern der Doctrin theils äußerlich mehr hervorgehoben und ausgezeichnet, theils zu einer umfaſſenderen, wie nachdrucksvolleren Wirkſamkeit erhoben wird. Denn ebenſowohl wird nunmehr dem Urtheile über die Disharmonie des Rechtes mit der aequitas regelmäßig eine practiſche Folgewir-

kung beigelegt, wie andrerſeits auch, indem die ſich erweiternde Reflexion zur Erkenntniß der im Rechte gegebenen Gegenſätze führte, die Wiſſenſchaft eine häufigere Veranlaſſung zu ſolchem Urtheile fand, um ſo mehr, als der Gegenſatz zwiſchen dem von Alters überlieferten Rechte und der Rechtsanſchauung der Nation immer ſchroffer hervortrat.

So nun gewinnt die aequitas eine hohe und weitgreifende Bedeutung für die römiſchen Rechtszuſtände, und dies unter der Mitwirkung, namentlich von äußeren Umſtänden, als welche wir insbeſondere die freie Stellung des Prätor in Bezug auf die Inſtruction des Proceſſes, theils die Leichtigkeit und Beweglichkeit in der Thätigkeitsentfaltung der rechtsconſtituirenden Organe anzuerkennen haben. Im Einzelnen aber tritt jene Bedeutung der aequitas theils in der Rechtsbildung, theils in der Rechtspflege, theils endlich als wiſſenſchaftliche Operation hervor, inſofern nach jener, als nach einem Werthmeſſer für das Recht, das Letztere abgeſchätzt und beurtheilt wird.

In Bezug auf die Rechtspflege insbeſondere wirkt zunächſt nur das fünfte Princip der aequitas, und dies nur auf demjenigen Gebiete, welches die Geſetzgebung hierfür offen gelaſſen hat, indem nun bei Anwendung des Rechtes jene räumlichen Lücken deſſelben nach Maaßgabe der aequitas mit Rückſicht auf die Individualität des concreten Verhältniſſes ergänzt und geſchloſſen werden.

Dagegen in Bezug auf die Rechtsbildung wirkt die aequitas zwar, in Folge beſonderer Verhältniſſe, auch in ähnlicher Weiſe, wie bei der Rechtspflege, allein ihr Haupteinfluß giebt in der Richtung ſich kund, daß ſie in poſitiver Weiſe das gegebene Recht umgeſtaltet. Hier aber ergänzt ſie nicht allein die Dürftigkeit des Letzteren, ſondern ſie beſeitigt auch den ſtarren und unbeugſamen Character der von Alters her überlieferten Satzungen durch Rechtsſchöpfungen freieren und geſchmeidigeren Weſens. So wirkt hier die aequitas gleich der Idee des Schönen im Reiche der Kunſt: die harten, eckigen und kargen Bildungen der älteren Zeit in einen Körper mit weichen, wohlgerundeten und vollen Formen verwandelnd, erſchafft ſie ein Gebild von plaſtiſch ſchönem Ebenmaaß.

Viertes Capitel.

Jus gentium.

§. 79.

Merkmale des jus gentium im Allgemeinen.

In dem jus gentium der ersten Periode erkannten wir ein Recht, dessen Wesenbestimmung und dessen Materie einzig und allein durch historische Bildung und frei von aller wissenschaftlich-speculativen Reflexion gegeben war; ein Recht, dessen Gränzlinie gegenüber dem jus civile insbesondere ebenmäßig nur durch das Bedürfniß des geschäftlichen Verkehres sich bestimmt hatte: ein Recht daher, welches durchgehends empirisch und unberührt von den umgestaltenden Einflüssen einer wissenschaftlichen Theorie geblieben war.

Dieses Verhältniß erlitt mit der gegenwärtigen Periode eine wesentliche Umgestaltung: die höhere wissenschaftliche Speculation, welche, die begabtesten Geister der Nation zu neuen, fruchtbringenden Ideen anregend, auf allen Gebieten der Wissenschaft und Kunst ihre Schwingen entfaltete, und innerhalb der Jurisprudenz vornämlich in der Lehre vom jus naturale gipfelte; sie bemächtigte sich auch jener staatsrechtlichen Distinction eines jus civile und jus gentium und ergriff somit einen ihr anscheinend heterogenen Stoff, denselben in ganz neuer und selbstständiger Weise zu verarbeiten, ihn mit fremden, philosophischen Ideen zu durchdringen und zu inspiriren, und auf diesem Wege ihm eine höhere, über die rein historische Construction sich erhebende Unterlage zu geben, andrerseits aber auch ihn in Wahrheit wesentlich zu transsubstantiiren.

Die speculative Forschung tritt hierbei mit dem jus gentium in einer doppelten Weise in Berührung, indem ein zwiefältiger

Gesichtspunkt es ist, den sie in dieses hineinträgt und dem entsprechend sie nach doppelter Richtung hin den Stoff und das Wesen des jus gentium erforscht und erkennt. Einmal ist es der rein philosophische Standpunkt, von welchem aus das jus gentium überschaut wird: man erforscht die letzte materielle Quelle des gegebenen Rechtes im Allgemeinen und indem man erkennt, daß ein Theil desselben, jus civile genannt, lediglich auf staatlicher Constituirung, ein anderer Theil zugleich auf höchster Rechtswahrheit beruht, und somit als jus naturale sich characterisirt, so wird nun in dem jus gentium dieser positiv verwirklichte, absolute Rechtsstoff, dieses reale jus naturale anerkannt. Sodann ist es der rein positiv-rechtliche, durch die comparative Jurisprudenz gebotene Standpunkt, von welchem aus das jus gentium dem prüfenden Urtheile unterstellt wird. Indem man hier die einzelnen Rechtssätze und Institute je nach ihrer Gültigkeit und Anerkennung in den Landrechten der verschiedenen Nationen in's Auge faßt und hierbei zu der Wahrnehmung gelangt, daß von dem von Seiten des römischen Volkes anerkannten Rechte ein Theil in den Legislationen aller bekannten Völker in mehr oder minder genau gleichmäßiger Ausprägung sich vorfand, wogegen der andere Theil desselben lediglich dem römischen Volke bekannt erschien, so erkannte man wiederum in dem jus gentium jenes jus commune omnium gentium an, während das jus civile als das jus proprium populi Romani sich darstellte.

Den maaßgebenden Gesichtspunkt, der diese zwiefältige Speculation in das jus gentium hineintrug und die Berührung jener verschiedenartigen Elemente vermittelte, ergab die Forschung nach dem letzten Grunde der bindenden Kraft und Herrschaft des Rechtes, welche mit der gegenwärtigen Periode in den Kreis der von der Jurisprudenz ventilirten Fragen hineintrat. Für diese Frage mußte von maaßgebender Wichtigkeit die Eintheilung des Rechtes in ein jus gentium und jus civile erscheinen, und, indem nun auf beide Materien die Forschung sich erstreckte, so leiteten die hierbei aufgefundenen Sätze die Reflexion allmählig zu den obigen beiden Gesichtspunkten hin.

Indem man nun, von hier aus sich rückwärts wendend, aus der gewonnenen Erkenntniß wiederum Criterien für das

jus gentium und jus civile entnahm, und ſolche denſelben ohne Weiteres attribuirte, ſo gelangte man hiermit zu dem Reſultate, daß dem jus gentium, wie dem jus civile je drei verſchiedene Merkmale zukommen.

Indem wir nun zunächſt dieſe drei Merkmale in ihrer Geſammtheit conſtituiren, werden wir ſodann in §. 80 sq. die einzelnen derſelben der Erörterung unterwerfen.

Zunächſt in der erſteren Beziehung gehen wir von einer Stelle aus, die uns ex profesſo und in der erſchöpfendſten Weiſe das Material für unſere Zwecke an die Hand giebt, von Gaj. I, 1. nämlich, welche lautet:

Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur.

Dieſe Stelle zerfällt zunächſt in zwei Theile, deren einer die Angabe enthält, daß das Recht in ein jus commune und jus proprium zerfällt, und deren anderer dieſe Beſtandtheile des Rechtes näher determinirt.

Die erſte jener beiden Parthien unſerer Stelle umfaßt theils den Eingang, wo die bezügliche Bemerkung ganz im Allgemeinen und im Hinblick auf die Legislationen aller Völker hingeſtellt iſt, theils den Ausgang, wo die nämliche Bemerkung in Bezug auf das von den Römern in Anwendung gebrachte Recht insbeſondere gleichlautend wiederholt iſt.

Der zweite Theil jener Stelle characteriſirt endlich die ſtatuirten beiden Beſtandtheile des Rechtes und zwar zunächſt das jus civile theils als ein jus, quod quisque populus ipse sibi constituit, theils als ein jus ipsius populi proprium, theils als ein quasi jus proprium ipsius civitatis, während der Eingang und Ausgang der Stelle dieſes Recht dem betreffenden Volke als ein suum proprium jus attribuirt. Das jus gentium dagegen wird entſprechend characteriſirt theils als ein jus, quod ratio

naturalis inter omnes homines constituit, theils als ein jus quod apud omnes populos peraeque custoditur, theils als quasi quo jure omnes gentes utuntur, theils endlich im Eingange und Ausgange der Stelle als ein commune omnium hominum jus.

Somit ſtellt Gajus ein dreifaches Criterium des jus gentium auf, und zwar:

a. jus quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, welches wiederum ein doppeltes Merkmal umfaßt, nämlich das jus inter omnes homines constitutum, und das jus, quod naturalis ratio constituit;

b. das jus quod apud omnes populos peraeque custoditur, welches in einer mehr beſchränkenden Faſſung des Urtheiles in den Worten: quasi quo jure omnes gentes utuntur, wiederkehrt, [573]) indem hier nur die annäherungsweiſe Wirklichkeit dieſes Merkmales anerkannt wird;

c. jus commune omnium hominum, welches auch dem Criterium unter a als jus inter omnes homines constitutum inliegt.

Daher umſchließen jene Criterien in Wahrheit die drei, bereits in §. 14 angegebenen Merkmale:

1. das jus commune omnium hominum oder jus inter omnes homines constitutum;

---

573) Daß die verſchiedenen Bezeichnungen gentes und populi eine Verſchiedenheit des Sinnes beider Sätze begründeten, iſt nicht anzunehmen, wohl aber wird eine ſolche durch den Zuſatz „quasi" begründet. Dieſes höchſt bemerkenswerthe quasi mit dem Indicativ kann indeß nicht als Ausdruck von etwas nur Vorgeſtelltem angeſehen werden, ſondern muß zur Bezeichnung der annäherungsweiſen Wahrheit der Thatſache dienen. Es beſagt daher nicht: „gleich als ob alle Völker dieſes Rechtes ſich bedienten," ſondern: „indem gewiſſermaaßen alle Völker dieſes Rechtes ſich bedienen." Die Beſchränkung, die das quasi dem Urtheile hinzufügt, kann eine doppelte ſein; eine äußere, welche Gajus hervorhebt in Instit. I, 55: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus, ſowie in Instit. I, 189: nec fere ulla civitas est in qua non licet parentibus, liberis suis imperibus testame to tutorem dare. Nicht weniger iſt es eine innere, die Rechtsſatzung ſelbſt betreffende, obgleich der letzteren das Gewicht beigemeſſen wird, das Merkmal der Gemeingültigkeit gänzlich aufzuheben, ſo in Instit. III, 193: Apud peregrinos non similiter, ut apud nos in tutela sunt feminae; sed tamen plerumque quasi in tutela sunt.

2. das jus quod apud omnes populos peraeque custoditur, wie
3. das jus, quod naturalis ratio constituit,

und in dieſer Modalität, nicht aber in der von Gajus ſelbſt gegebenen, unter a.—c. hervorgehobenen Combination werden jene Merkmale des jus gentium unſerer Unterſuchung zu Grunde gelegt und in §. 80 ff. einzeln in Betracht gezogen werden.

Die gegenſeitige Stellung dieſer drei Merkmale unter einander in ihrem Verhältniſſe zu ihrem Hauptbegriffe werden wir zwar erſt in §. 84 ff. endgültig feſtſtellen, allein bereits hier haben wir darauf hinzuweiſen, daß wir im Sinne der römiſchen Juriſten, wie insbeſondere des Gajus ſelbſt die betreffenden drei Merkmale nicht, wie es die obige Stelle an ſich an die Hand giebt, in cumulativer Weiſe, ſondern in elective Weiſe dem Begriffe des jus gentium zu attribuiren haben. Unter Anerkennung ſomit dieſer electiven Stellung jener drei Merkmale gegenüber dem jus gentium verſchreiten wir daher zur beſonderen Erwägung Eines jeden Einzelnen derſelben.

§. 80.

Jus commune omnium hominum.

Dieſes Merkmal des jus gentium erkennen an:

Gajus, und zwar außer Inst. 1, 1. auch Inst. III, 93:

Ceterae vero (sc. verborum obligationes) juris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos valent. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, — — etiam haec tamen inter cives Romanos valent, si modo graeci sermonis intellectum habeant. Et e contrario quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent;

Inst. III, 132: unde proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur: quod genus obligationis juris gentium est;

Inst. III, 154: Juris *enim* gen*tium est societas, quam inire* omnes homines naturali ratione possunt;

Lib. 2. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.): Quarundam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur;

vergl. auch Inst. III, 94. 133

Marcianus, lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.):

Jus autem gentium omni humano generi commune est;

ebendaſ. (l. 17. §. 1. D. de poen. 48, 19.):

Item quidem ἀπόλιδες sunt, hoc est sine civitate, — — ut ea quidem, quae juris civilis sunt, non habeant, quae vero juris gentium sunt, habeant;

ebendaſ. (l. 15. D. de interd. et releg. 48, 22.):

Deportatus civitatem amittit, non libertatem. Et speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium utitur;

vergl. auch lib. 3. Inst. (l. 2. u. 4. pr. D. de D. R. 1, 8.) und dazu unten §. 89 bei Note 608.

Bei Paulus erkennen wir dies Merkmal inſoweit, als es implicite ſich kund giebt in lib. 21. ad Edict. (l. 51. D. de contr. emt. 18, 1.):

Littora — — jure gentium omnibus vacant,

dem ähnlich Papinian. lib. 10. Respons. (l. 45. pr. D. de usurp. 41, 3.) ſagt:

Locus jure gentium publicus.

Endlich bei Ulpian ergiebt ſich dies Merkmal daraus, daß derſelbe in lib. 1. Inst. (l. 1. §. 3. 4. D. de J. et J. 1, 1.) das jus gentium als jus humani generis proprium und als jus solis hominibus inter se commune bezeichnet, und von dieſem Merkmale vornämlich in lib. sing. Regul. (fr. XX, 14. XXII, 2.) einen unmittelbaren Gebrauch macht.

In dieſem Merkmale, in Bezug auf welches das jus gentium auch jus commune genannt wurde [574]), erkennen wir jene Weſenbeſtimmung des jus gentium wieder, welche, aus hiſtoriſchem Bildungsproceſſe hervorgegangen, zu Cicero's Zeit die allein herrſchende war: eines Rechtes, welches über alle Freien gleichmäßig herrſcht, oder, vom ſpecifiſch römiſchen Standpunkte aufgefaßt, eines Rechtes, welchem auf römiſchen Forum eine

574) Dies bezeugt der allerdings der folgenden Periode angehörige Schol. Gronov. in Cic. Act. I. in Verr. §. 13. p. 391. Or.: „neque communia jura": jura gentium sunt (nach der Emendation Orelli's). In den juriſtiſchen Quellen iſt dieſe Bedeutung ſtets zweifelhaft um der Unbeſtimmtheit des Gegenſatzes willen. Vergl. Dirkſen, Verm. Schriften, I. p. 222. Note 66. Bei Ulpian iſt dieſe Bedeutung regelmäßig eine andere; vergl. §. 92. unter A.

gleichmäßige Herrſchaft über alle Freien beigelegt iſt. Denn auch bei den Juriſten dieſer Periode haben wir, wie bei Cicero, allenthalben da, wo von homines die Rede iſt, die liberi homines allein zu verſtehen [575]), indem allerorts, wo dem Sclaven eine Rechtsfähigkeit beigemeſſen wird, ſolche auf das jus naturale an ſich, nicht auf das jus gentium in dem durch das hier fragliche Merkmal gegebenen Sinne zurückzuführen iſt [576]). Nur bei Ulpian. lib. 48. ad Sabin. (l. 8. §. 4. D. de acceptil. 46, 4.) finden wir den Satz, daß auch der Sclave des jus gentium fähig ſei, implicite ausgeſprochen in den Worten:

> Servus accepto liberari potest, et tolluntur etiam honorariae obligationes, si quae sunt adversus dominum, quia hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio;

allein da dieſer Ausſpruch theils ganz vereinzelt daſteht, theils von Ulpian ſelbſt nicht durchgeführt wird, theils endlich auch wiederum inſofern inconſequent erſcheint, als Ulpian ſelbſt die Rechtsunfähigkeit des Sclaven am jus gentium ebenfalls anerkennt, ſo haben wir denſelben lediglich als eine Singularität anzuſehen [577]).

---

575) Vergl. §. 14. Note 39. Der Beweis dieſes Satzes ergiebt ſich insbeſondere aus Gaj. 3, 93. und 132., inſofern derſelbe hier die omnes homines in cives und peregrini zerlegt, namentlich dafern man die von Savigny Syſtem §. 66. ausgeſprochene Anſicht, daß unter die Peregrinen auch die Sclaven fallen, als irrig anerkennt, was ſie auch in der That iſt, wie ich in Thl. II. eines Weiteren darlegen werde. Im Uebrigen ſehe ich von dem Beweiſe dieſes Satzes ab, da ſolcher einestheils nur ein von unſerer Wiſſenſchaft einſtimmig anerkanntes Thema enthalten würde, andrerſeits aber auch nur durch Zuſammenwirken vieler Stellen gründlich erbracht werden kann.

576) Vergl. §. 55. Note 444. und §. 57. Note 469.

577) Dies beweiſen namentlich Stellen wie lib. 28. ad Sabin. (l. 22. pr. D. de R. J. 50, 17.): In personam servilem nulla cadit obligatio; lib. 4. ad. leg. Jul. et Pap. (l. 209. D. eod.): Servitutem mortalitati fere comparamus. Dieſen Ausſprüchen widerſtreiten auch nicht Stellen, wie lib. 7. Disput. (l. 14. D. de O. et A. 44, 7.): Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittantur, obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant; u. a. m. (ſ. §. 57. und insbeſ. Note 469.), weil jene erſten beiden Stellen, trotz ihrer allgemeinen Faſſung, doch nur auf das jus civile im Gegenſatze zum jus naturale zu beziehen ſind. Andrerſeits

Wenn sonach die römischen Juristen dieser Periode ganz allgemein dieses rein empirische und historisch gegebene Merkmal des commune omnium hominum beibehielten, daneben aber, wie aus §. 81 sich ergeben wird, das Merkmal des commune omnium gentium dem jus gentium attribuirten, und dies in einer Weise, welche auf eine wesentliche Gleichstellung beider Criterien hinweist, so drängt sich nothwendig die Frage zur Beantwortung auf, ob wir überhaupt einen sachlichen Unterschied zwischen jenen beiden Merkmalen zu statuiren vermögen. Ein solcher Unterschied macht sich aber in der That in doppelter Modalität geltend, und zwar zunächst als eine extensive und rein äußerliche Verschiedenheit, welche bezüglich des *Kreises* derer obwaltet, die der gegebenen Norm untergeordnet sind. Denn das jus, quod apud omnes populos peraeque custoditur, insoweit dasselbe eben die Rechtssatzungen bezeichnet, welche in den Legislationen aller Völker sich vorfanden, erlitt auf das Individuum nur als dessen jus civile, also nur um deßwillen Anwendung, weil das Subject Bürger eines Staates war, welcher jene Satzung als bindende Norm in der eigenen Legislation, in seinem besonderen jus civile sancirt hatte. Den Rechtsgrund der Herrschaft wie der Fähigkeit der Person zu solchem speciale jus civitatis, wie Marcian. lib. 1. Inst. (s. oben) es nennt, bildet daher lediglich die bezügliche Civität der Person. Da nun das Alterthum in den Apoliden freie Menschen kannte,

---

erstreckt sich aber auch der Sinn jener beiden Aussprüche gleichmäßig auf die anderen beiden Begriffe des jus civile und jus gentium. Zwar bedingt nun dies wiederum einen Widerspruch insofern, als gerade das jus gentium gleichzeitig auch mit demjenigen Theile des jus naturale identificirt wird, auf welchem die obligationes naturales beruhen (vergl. §. 57. 82. 92.) und hieraus wiederum eine Rechtsfähigkeit des Sclaven am jus gentium sich ergiebt, die in der oben citirten Stelle aus lib. 48 ad Sabin. in der That auch im Einzelnen anerkannt wird. Allein gerade hierin liegt einer jener Punkte, die als völlig unlösbarer Widerspruch bei Ulpianus, wie bei Gajus zu Tage treten (vergl. §. 94.) und daher in Ermangelung einer möglichen Lösung als die Consequenzen einer irrigen Theorie ohne Weiteres hinzunehmen sind. Als die wahrhaft maaßgebende Ansicht haben wir jedoch auch bei Ulpian die Rechtsunfähigkeit des Sclaven am jus gentium anzunehmen, daher dieser Position gegenüber alle widerstreitenden Stellen in der oben im Texte gegebenen Modalität zu beurtheilen sind.

welche keiner civitas als deren Bürger angehörten, sonach aber beim Mangel irgend welcher Civität für den Apoliden auch kein Grund gegeben war, der die Herrschaft irgend welchen jus civile über ihn, wie seine Fähigkeit zu solchem vermittelt hätte, so blieb der Apolid einem jeden jus civile fremd, und völlig gleichgültig war es bezüglich seiner, ob die verschiedenen Legislationen aller Völker, oder nur das jus civile eines einzigen Staates die in Betracht gezogene Satzung aufstellte. Dies besagt auch Marcian in der oben citirten Stelle aus lib. 1 Instit.:

Deportatus speciali quidem jure civitatis non fruitur, jure tamen gentium utitur;

und gleicher Ausspruch findet sich vor in der ebenfalls citirten Stelle:

Ἀπόλιδες, ea quidem, quae juris civilis sunt, non habent, quae vero juris gentium sunt, habent,

sobald wir nur den Ausdruck jus civile hier nicht lediglich auf das römische Recht beziehen, sondern demselben, wie Marcian in lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.) auch hervorhebt, die allgemeinere Beziehung auf die Legislationen eines jeden Volkes geben [578]).

Ganz anders verhält sich dies mit dem jus commune omnium hominum, welches die Bürger der verschiedenen civitates in gleicher Maaße wie den Apoliden beherrscht, und zur Rechtsfähigkeit beruft.

Der zweite Unterschied jener beiden Merkmale, den wir gegenwärtig nur andeuten, zur weiteren Begründung dagegen nach Thl. II. verweisen müssen, ist qualitativer und intensiver Beschaffenheit. Die Satzung nämlich, welche als Bestandtheil des jus commune omnium hominum auf den Peregrinen Anwendung erlitt, war substantiell, wie qualitativ die nämliche Rechtsnorm, welche in gleichem Falle auch auf den römischen Bürger angewandt wurde: Apoliden, Bürger fremder civitates, römische Bürger, Alle wurden insgesammt nach ein und der-

578) Ein anschauliches Beispiel bietet Ulpian. fr. XX, 14: Qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest, — — quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur.

ſelben einheitlichen Norm zu Rom beurtheilt. Dagegen die Satzung, welche um deßwillen auf den Peregrinen Anwendung erlitt, weil ſie in den Legislationen aller Völker ſich vorfand, alſo in einem jeden jus peregrinorum wiederkehrte, beherrſchte jenen lediglich als deſſen eigenes jus civile, als ſein speciale jus civitatis, und war daher, wenn auch nicht ihrem Inhalte nach, ſo doch individuell verſchieden von der Norm, welche in gleichem Falle, als dem jus civile des römiſchen Bürgers angehörig, für dieſen maaßgebend war; — eine Verſchiedenheit, welche in mehrfacher Weiſe ſich offenbart, wie wir in Thl. II. darlegen werden.

Indem wir daher eine weſentliche Verſchiedenheit zwiſchen den in Betracht gezogenen beiden Merkmalen anerkennen, ſtellen wir zugleich die Thatſache feſt, daß in dem jus commune omnium hominum der röm. Juriſten der alte hiſtoriſche, auf rein empiriſcher Grundlage beruhende Begriff des jus gentium wiederkehrt und daß dieſer Begriff von Marcian, wie Paulus, von Gajus, wie Ulpian, ſomit wahrſcheinlich von der geſammten römiſchen Jurisprudenz (vergl. §. 84.) anerkannt und beibehalten wurde.

§. 81.

Jus quo omnes gentes utuntur.

Dieſes zweite Merkmal des jus gentium [579]) ſtatuirt Gajus 1, 1. cit., ſowie in

Inst. I, 52: In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse, etc.

---

579) Die comparative Jurisprudenz und deren Reſultat kommt in einer dreifachen Beziehung dem jus gentium gegenüber in Betracht: 1. dieſelbe lieferte der rechtsconſtituirenden Gewalt ſelbſt den Stoff des letzteren, indem ihr Product im Wege poſitiver und hiſtoriſcher Rechtsbildung als jus gentium anerkannt wurde; 2. dieſelbe ward von der Theorie als das Medium hingeſtellt, den Stoff des jus gentium auf ſpeculativem Wege zu ermitteln; 3. der von der Theorie auf dieſem Wege aufgefundene und erkannte Stoff ward von der rechtsconſtituirenden Gewalt als jus gentium angenommen. Es bedarf in Bezug hierauf lediglich des Hinweiſes, daß wir im Nachſtehenden nur den 2. Punkt in's Auge faſſen.

Inst. I, 189: Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatium jure contingit; — — nec fere ulla civitas est, in qua non licet parentibus, liberis suis impuberibus testamento tutorem dare; worauf bezüglich Inst. III, 197: Idem apud peregrinas gentes custodiri superius indicavimus.

Vergl. auch Inst. I, 55.

Was dagegen Marcianus und Ulpianus betrifft, ſo finden ſich lediglich vereinzelte Momente, die dieſem Merkmale zu entſprechen ſcheinen, und zwar zunächſt bei

Marcianus lib. 1. Instit. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.):

Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt;

und bei

Ulpianus lib. 1. Inst. (l. 1. §. 4. D. de J. et J. 1, 1.):

jus gentium est, quo gentes humanae utuntur;

ſowie ebendaſ. (§. 2. D. eod.) in der Bezeichnung praecepta gentium.

Der Sinn dieſer letzteren Stellen erſcheint an und für ſich zweifelhaft um der Doppelſinnigkeit des Ausdruckes gentes willen. Denn dem Begriffe von gentes in der hier fraglichen Beziehung wohnt ein doppelter Sinn inne: ein rein ethniſcher, in der Bedeutung von Völkerſchaften und Volksſtämmen, ſowie ein politiſcher, in der Bedeutung von Volk oder Nation, als eines ſtaatlich abgeſchloſſenen Gemeinweſens, eines populus. Die letztere Bedeutung iſt die ſeltenere und unregelmäßige, ſie aber findet ſich gerade bei Gajus vor, während die erſtere Bedeutung die normale iſt und in der geſammten Latinität vorherrſcht [580]). Der Unterſchied aber, der hieraus ſich ergiebt, je nachdem der Ausdruck gentes im erſteren oder im letzteren Sinne gebraucht iſt, beſteht darin, daß die gentes im Sinne von populi oder civitates, wie in §. 80. bemerkt, durchaus nicht die geſammte freie Menſchheit unter ſich begreifen, vielmehr die Apoliden ausgeſchloſſen erſcheinen laſſen; während die gentes im ethniſchen Sinne in der That alle Freien umfaſſen, da es keinen Menſchen ohne Angehörigkeit an eine gens in dieſem Sinne geben kann. Im letzteren Sinne daher würde jener

580) Siehe Beilage II. §. 2. Note 1.

Ausdruck als eine Umschreibung von genus humanum gelten können.

Müssen wir aber diese Möglichkeit im Allgemeinen als wohlbegründet anerkennen, so würden wir der nicht ganz gerechtfertigten Frage, wie überhaupt Ulpian und Marcian dazu gekommen seien, statt des naheliegenden Ausdruckes humanum genus oder omnes homines der Bezeichnung gentes sich zu bedienen, mit dem Hinweise auf die wohlbekannte Vorliebe der Römer für Nominaldefinitionen zu begegnen haben, eine Neigung, der entsprechend Marcianus, wie Ulpianus bei der Erklärung des jus gentium unbedingt der Bezeichnung jus quo gentes utuntur als der nach ihrer Anschauung angemesseneren den Vorzug geben mußten vor der wiederum uns angemessener erscheinenden Ausdrucksweise jus quo omnes homines utuntur.

Diese Möglichkeit gewinnt aber in der That einen doppelten Wahrscheinlichkeitsgrund, und zwar zunächst durch den Beisatz humanae gentes. Denn da die Anwendung des jus gentium auf die Thiere niemals behauptet worden war, so fehlt wenigstens bei Marcian aller und jeder Grund, der als Motiv angesehen werden könnte, die ausschließliche Herrschaft des jus gentium über den Menschen hervorzuheben, dafern die gentes eben nur die civitates und populi vertreten hätten. Ward dagegen jener Ausdruck in dem ethnischen Sinne gebraucht [581]), so konnte der Zusatz humanae füglich gewählt werden, um anzudeuten, daß darunter nicht, wie bei Gajus die staatlichen Genossenschaften, sondern jene rein natürlichen Abschichtungen nach Völkerschaften verstanden seien. Und hierzu tritt als ein nicht unbeachtlicher weiterer Moment, daß wir weder bei Marcianus, noch bei Ulpianus Spuren dafür vorfinden, daß dieselben im Wege eigener freier und selbstständiger Thätigkeit nach Maaßgabe der comparativen Jurisprudenz den Stoff des jus gentium im Einzelnen aus den verschiedenfältigen jura civilia der bekannten Staaten abstrahirt und dargelegt hätten.

Wenn nun alle diese Momente als wahrscheinlich anerkennen lassen, daß Marcian, wie Ulpian des Ausdruckes humanae gen-

581) In diesem Sinne fasse ich gentes auch auf, wenn Marcian. lib. 1. Instit. (§. 11. J. de J. N. 1, 2.) die jura naturalia characterisirt als jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur.

tes lediglich als einer Umſchreibung für humanum genus ſich bedienten, ſo haben wir auch auf Grund deſſen die Annahme zurückzuweiſen, daß die Genannten das in Frage ſtehende Merkmal in den von ihnen ſtatuirten Begriff des jus gentium mit aufnahmen; vielmehr berechtigt uns ſogar zu der entgegengeſetzten Annahme bezüglich des Marcianus die Wahrnehmung, daß eine Fundirung des jus gentium auf die Geſammtheit der civitates durchaus nicht in deſſen Syſtem paßte. Vergl. §. 87.

Allein andrerſeits iſt es eben nur die Begriffsgeſtaltung an ſich, die wir in Frage ziehen und in jener Weiſe beantworten; die hiervon weſentlich verſchiedene Frage dagegen, ob und in wie weit Marcian und Ulpian den nach der Theorie des Gajus und Genoſſen dem jus gentium überwieſenen Stoff als ſolches anerkannten und reſpectirten, dieſe Frage muß für jetzt noch zur Beantwortung ausgeſetzt bleiben.

Endlich bei Paulus findet ſich in der hier fraglichen Beziehung aus lib. 34. ad Edict. (l. 1. D. loc. 19, 2.) die Bemerkung überliefert:

> Locatio et conductio quum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emtio et venditio,

eine Stelle, die zurückweiſt auf lib. 33. ad Edict. (l. 1. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.):

> Est autem emtio juris gentium, et ideo consensu peragitur, et inter absentes contrahi potest, et per nuntium, et per litteras.

Wenn gleich daher die Relation beider Stellen uns berechtigt, in dem Ausdrucke: omnium gentium est, mehr als eine einfache Hervorhebung eines für beſonders gewichtig erachteten Merkmales des jus naturale zu erblicken, vielmehr darin eine ſelbſtſtändige Umſchreibung des jus gentium anzuerkennen, ſo befinden wir uns dennoch mit Rückſicht auf die hervorgehobene Doppelſinnigkeit des Ausdruckes gentes hinſichtlich des wahren Sinnes ſolcher Weſenbeſtimmung in einer vollſtändigen Ungewißheit, da uns Wahrſcheinlichkeitsgründe, wie wir ſolche bezüglich Marcians und Ulpians beibrachten, hinſichtlich des Paulus nicht zur Seite ſtehen.

Sonach können wir von den vier Juriſten, welche wir als Vertreter der bezüglichen Lehren der römiſchen Rechtswiſſenſchaft

in's Auge gefaßt haben, lediglich den Gajus als Träger des in Frage ſtehenden Merkmales des jus gentium anerkennen, während Marcian und Ulpian wahrſcheinlich eine derartige Weſenbeſtimmung des jus gentium nicht anerkannten, bezüglich des Paulus dagegen dieſe Frage unerledigt bleiben muß. Die nächſte Veranlaſſung ſelbſt aber, durch welche Gajus und die etwaigen Vertreter ſeiner Anſicht bewogen wurden, dem jus gentium das Merkmal als jus quo omnes gentes utuntur als ein weſentliches zu attribuiren, ward durch das Zuſammentreffen verſchiedener Umſtände gegeben, vornämlich aber theils durch die, in §. 82. näher zu erörternde Identificirung von jus gentium und jus naturale, theils durch die Wahrnehmung, daß die überwiegende Mehrzahl der Inſtitute des jus gentium in ihren allgemeinen und weſentlichen Grundzügen in der That bei allen bekannten Völkern ſich vorfanden, daher, namentlich gegenüber dem jus civile, das jus gentium vergleichungs- und annäherungsweiſe in Wahrheit als jus ſich darſtellte, quo omnes gentes utuntur. Denn da, in erſterer Beziehung, die griechiſche, wie römiſche Philoſophie das jus naturale ausdrücklich als ein Recht characteriſirte, welches bei allen Völkern Gültigkeit und Herrſchaft beſitze [582]), ſo trug ſich in Folge der Identificirung von jus naturale und jus gentium jenes Merkmal ohne Weiteres auf das Letztere über, erfuhr aber hierbei zugleich eine weſentliche Umwandelung inſofern, als daſſelbe dem jus gentium nunmehr als empiriſches und actuelles beigelegt ward, während es früher dem jus naturale nur als ſpeculatives Poſtulat und als potentielles zukam, eine Transſubſtantiation, die zugleich mit einer totalen Veränderung des leitenden Geſichtspunktes verbunden iſt, indem nunmehr die comparative Jurisprudenz an die Stelle der philoſophiſchen Speculation tritt. Dahingegen in Bezug auf den zweiten der obigen beiden wirkenden Momente trat das wohlerkannte Thatverhältniß, daß das jus gentium in Wahrheit nur annäherungsweiſe in den Legislationen aller Völker ſich vorfinde [583]), allmählig in dem Bewußtſein zurück und gab ſo dem Fehler Raum, daß man ſolches, von dieſem Geſichtspunkte aus nur unter Beſchrän-

582) Vergl. §. 34. und §. 41.

583) Vergl. §. 79. Note 573.

kungen, ſomit lediglich in Form eines beſonderen Urtheiles gültige und nur unweſentliche Merkmal des jus gentium zum logiſch allgemeinen Prädicate erhob und damit in ein weſentliches Criterium verkehrte. Dieſe Transformation des Merkmales des jus commune omnium gentium mußte aber weſentlich befördert werden dadurch, daß in Folge der oben bemerkten Vorliebe der Römer für Nominaldefinitionen der Ausdruck gentes in den Kreis der das jus gentium beſtimmenden Momente hereingezogen und hier zum Repräſentanten des genus humanum erhoben wurde. Sobald man nun, auf dieſem Punkt angelangt, den Ausdruck gentes in dem politiſchen Sinne auffaßte und ſodann die in §. 80. hervorgehobenen Unterſchiede des jus commune omnium hominum und jus commune omnium gentium überſah oder als untergeordnet bei Seite ſetzte, ſo war hiermit jene Verwandlung des jus gentium in ein jus quo omnes gentes utuntur vollendet, und ein Reſultat gewonnen, welches in gleicher Maaße die durch hiſtoriſche Rechtsbildung gegebenen Gränzen verrückte, wie den Geſetzen des regelrechten Denkens widerſtrebte.

§. 82.

Jus, quod naturalis ratio constituit.

Dieſes Merkmal, in welchem wir bereits die Weſenbeſtimmung des jus naturale erkannten (§. 53. u. 57.), findet ſich vor zunächſt bei Gajus und zwar theils in Verbindung mit dem Merkmale des commune omnium hominum, theils als für ſich beſtehend. In jener Verbindung erſcheint es neben Instit. I, 1. auch in

lib. II. Aureorum (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.):
Quarundam rerum dominium nanciscimur jure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur;

Instit. III, 154: Juris *enim* gen*tium est societas, quam inire* omnes homines naturali ratione possunt;

ſowie in Verbindung mit dem Merkmale des commune omnium gentium in

Instit. I, 189.: Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatium jure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur.

Selbſtſtändig und außerhalb ſolcher Verbindung mit einem anderen Merkmale offenbart ſich das hier in Frage ſtehende Criterium darin, daß Gajus in lib. II. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu dom. 41, 1.) die Acquiſitionsgründe des Eigenthumes nach der Eintheilung von jus gentium und civile zu behandeln ſich vorſetzte, und in Uebereinſtimmung hiermit die occupatio (in l. 3. pr. D. eod.) in der Weiſe dem Erſteren überweiſt, daß er dieſelbe auf die ratio naturalis zurückführt; andrerſeits aber auch darin, daß Gajus ebenfalls in lib. II. Aureorum (l. 5. §. 7. l. 7. §. 1. l. 9. §. 1. D de acqu. dom. 41, 1.) die traditio, occupatio hostilis und alluvio dem jus gentium überweiſt, dagegen in Inst. II, 65. 66. 69. 70. die nämlichen Rechtsinſtitute als Producte der ratio naturalis darſtellte.

Bei Ulpian vermögen wir zwar jene innere Verbindung des durch die naturalis ratio gebotenen Rechtes mit dem jus gentium nicht im Einzelnen nachzuweiſen, wohl aber wird ſie nothwendig bedingt dadurch, daß Ulpian die verſchiedenen Eintheilungen des Rechtes je nach der letzten materiellen Quelle, aus der es entſtammt, und je nach dem Grunde ſeiner Herrſchaft über das Subject mit einander combinirt und ſo die Eintheilungsglieder eines jus civile und einestheils animaliſchen, theils rein menſchlichen jus naturale, wie andrerſeits eines jus civile und jus gentium in eine innere Verbindung mit einander bringt und zu einer Begriffsreihe vereinigt, hiernach aber das jus gentium mit dem den Menſchen eigenen jus naturale zuſammenfällt; vergl. §. 57. und 92. Hiermit ſtimmt auch überein, wenn Ulpian die klaglosen obligationes naturales in lib. 4. ad Edict. (l. 7. pr. D. de pact. 2, 14.) dem jus gentium überweiſt.

Dagegen ſtehen Marcian und Paulus dieſer Identificirung völlig fremd, indem die Verſchiedenheit von jus gentium und jus naturale ganz unzweideutig hervortritt, ſo bei

Paulus lib. 33. ad Edict. (l. 34. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.):

> Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura, vel gentium, vel mores civitatis commercio eximerunt, eorum nulla venditio est;

Marcianus lib. 1. Inst. (§ 2. verglichen mit §. 11. J. de J. N. 1, 2.) und insbeſondere in den Worten:

Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanae quaedam sibi constituerunt; bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt juri naturali contraria: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur;

ingleichen bei Florentinus lib. 9. Instit. (l. 4. §. 1. D. de stat. hom. 1, 5.) und Tryphoninus lib. 7. Disput. (l. 64. D. de cond. ind. 12, 6.) [584]).

In dem Merkmale des jus quod naturalis ratio constituit erkannten wir nun bereits die Weſenbeſtimmung des jus naturale, daher wir eine Verbindung des Letzteren mit dem jus gentium bezüglich derjenigen Juriſten anzuerkennen haben, welche, wie Gajus und, hinſichtlich des rein menſchlichen jus naturale, Ulpianus jenes Merkmal gleichzeitig auch dem jus gentium attribuiren. Den nächſtgelegenen maaßgebenden Geſichtspunkt für jene Verknüpfung haben wir aber vor allen in dem Momente der Univerſalität zu erblicken, welches das jus gentium, wie das jus naturale gleichzeitig in ſtark hervortretender Weiſe characteriſirt: das jus naturale der griechiſchen und römiſchen Philoſophie ſtellt ſich dar als Recht, welches ebenſowohl über alle Menſchen, wie bei allen Nationen gleichmäßig herrſchte (vergl. §. 35. und 42); da nun dem jus gentium jene perſonale Gemeingültigkeit als unbeſtrittenes hiſtoriſches Attribut zukam, jene nationale

584) Unweſentlich iſt es daher, wenn jene Juriſten jus naturale und jus gentium in Uebereinſtimmung anerkennen, ſo Paulus lib. 34. ad Edict. (l. 1. D. loc. 19, 2.), Marcian in lib. 3. Inst. (l. 2. §. 1. l. 4. pr. D. de R. D. 1, 8.), Tryphoninus in lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.); dies ſpricht eher für, nicht gegen die Selbſtſtändigkeit beider Begriffe. Wegen Paulus lib. 3. Quaest. (l. 84. §. 1. D. de R. J. 50, 17.), wo gleiche Uebereinſtimmung anerkannt wird, vergl. §. 90. sub A, wegen Marcian. lib. 3. Inst. cit. vergl. §. 89. sub A Wie wenig jene Identificirung von jus gentium und jus naturale anerkannt wurde, geht daraus hervor, daß wir bei Schriftſtellern dieſer Periode, welche des jus naturale öfter gedenken, wie z. B. Quintilian und Seneca, dennoch niemals die Bezeichnung jus gentium dafür gebraucht finden, wie denn überhaupt die Erwähnung des Letzteren bei den nichtjuriſtiſchen Schriftſtellern dieſer Periode außerordentlich ſelten iſt. Senec. de Benef. III, 14. ſagt: aequissima vox est et jus gentium prae se ferens: Redde quod debes; hier aber ſteht jus gentium entſchieden im Sinne von §. 80. oder 81.

Universalität aber im Wege der in §. 81. erörterten Verbindung beigefügt wurde, so lag in diesem doppelten Momente einer Universalität der Anknüpfungspunkt, welcher das jus naturale der Philosophie mit dem historischen jus gentium combiniren ließ, sobald man nur den Unterschied übersah, daß zunächst thatsächlich das Subject beider Rechte ein verschiedenes war, insofern das jus naturale in dem homo jeden Menschen, das jus gentium aber lediglich den freien Menschen als Rechtssubject anerkannte, sowie daß anderweit auch insofern eine wesentliche Verschiedenheit zwischen jenem doppelten Merkmale gleichmäßiger Universalität obwaltete, als solches dem jus naturale lediglich als speculatives und potentielles, wie auch consecutives, dem jus gentium dagegen als empirisches und actuelles, wie auch als constitutives Merkmal zukam. Hierzu kommt noch, daß man ebensowohl jenes Princip der Universalität des Rechtes, wie namentlich auch die überwiegende Mehrzahl der Institute und Satzungen des jus gentium in Wahrheit als Gebot der naturalis ratio anerkennen mochte, vornämlich dann, wenn man in Vergleichung mit dem jus civile nach diesem Maaßstabe der Vernunftmäßigkeit das jus gentium abschätzte; wie denn endlich auch das Zusammenfließen der beiden Gegensätze des jus naturale und jus gentium in dem einheitlichen Begriffe des jus civile die Vermischung von jenen Beiden wesentlich befördern mußte.

§. 83.

Jus civile.

Den Gegensatz zu dem jus gentium bildet das jus civile und zwar je nach dem von Gajus Inst. I, 1. und Marcianus Inst. 1. (§. 2 J. de J. N. 1, 2.) angegebenen doppelten Gesichtspunkte entweder das jus civile aller Völker im Allgemeinen, welches ebensowohl das jus civile der Römer, wie jedes jus peregrinorum umfaßt [585]), oder das jus civile der Römer insbesondere, welches

585) Wegen dieses jus civile peregrinorum vergl. insbesondere Marcian. lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1. 2.), sowie den allerdings erst der folgenden Periode angehörigen Scholiast. Gronov. in Cic. Act. I. in Verr. §. 13. p. 391. Or.: Omne enim jus civile Siciliae est aut proprium civitatis aut civium Romanorum, quod a populo Romano suscepit provincia per P. Rupilium (nach der Emendation Orelli's).

auch von Labeo bei Paulus lib. 11. Quaest. (l. 34. D. de adopt. 1, 7.) durch mores nostrae, von Ulpianus lib. 7. ad. Sabin. (l. 8. pr. D. de acqu. vel omitt. 29, 2.) durch mos nostrae civitatis, von Paulus lib. 33. ad Edict. (l. 34. §. 18. de contr. emt. 18., 1.) durch mores civitatis, von Papinianus lib. 36. Quaest. (l. 38.. § 2. D. ad l. Jul. de adult. 48, 5.) und Pomponius lib. 3. ad Sabin. (l. 7. D. de R. J. 50, 17.) durch jus nostrum, von Ulpianus lib. 4. ad Edict. (l. 5. D. de pact. 2, 14.) durch das Beiwort legitimum, und in lib. 1. Inst. (l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.) durch praecepta civilia, von Tryphoninus lib. 9. Disput. (l. 31. pr. D. depos. 16, 3.) durch praecepta civilia et praetoria, sowie durch jus civile und legum ordo bezeichnet wird.

Während nun bei Cicero das jus civile als Recht sich characterisirte, welches principaliter ausschließlich über die römischen Bürger herrschte, so verbinden nunmehr mit diesem historisch gegebenen Begriffe die römischen Juristen der gegenwärtigen Periode zwei anderweite, den dem jus gentium attribuirten beiden neuen Merkmalen entsprechende Criterien. Hiernach erscheint das jus civile Romanorum theils

1) als jus populo Romano i. e. solis civibus Romanis constitutum, also jus proprium populi Romani in diesem Sinne; sodann
2) als jus quo solus populus Romanus utitur, also jus proprium populi Romani in diesem Sinne; theils endlich
3) als jus quod populus Romanus ipse constituit.

Das erste dieser drei Merkmale, das jus populo Romano. constitutum oder jus proprium populi Romani oder civitatis Romanae oder civium Romanorum erkennen an:

Gajus I, 1., wo das jus proprium populi im Gegensatze zum jus commune omnium hominum steht; ferner

Instit. III, 93., wo die obligatio propria civium Romanorum im Gegensatze zu den obligationes steht, welche inter omnes homines, sive cives Romanus, sive peregrinos valent;

lib. II. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.), wo das jus civile, als jus proprium civitatis nostrae dem jus, quod inter omnes homines peraque servatur gegenübersteht.

In entsprechendem Sinne findet sich jus civile z. B. Inst. III, 133., jus peregrinorum z. B. Inst. III, 134., während andrerseits

dieſes Merkmal in mehrfachen Stellen in verſchiedener Weiſe characteriſirt wird, ſo z. B. Inst. I, 128:

> Nec enim ratio patitur, ut peregrinae condicionis homo civem Romanum in potestate habeat;

und:

> ratio non patitur, ut peregrinae condicionis homo in potestate sit civis Romani parentis;

oder in Instit. III, 179:

> — — a peregrino, cum quo sponsionis communio non est.

Weniger unmittelbar, obgleich immer noch deutlich wahrnehmbar offenbart ſich dies Merkmal bei

Paulus, sent. rec. II, 14. 1.:

> Ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur;

ingleichen bei Marcianus lib. 1. Instit. (l. 17. §. 1. D. de poen. 48, 19. und l. 15. D. de interd. 48, 22. ſ. oben §. 80.);

endlich bei Ulpianus, lib. sing. Regul. (fr. X, 3.):

> Si patri vel filio aqua et igni interdictum sit, patria potestas tollitur, quia peregrinus fit is, cui aqua et igni interdictum est; neque autem peregrinus civem Romanum, neque civis Romanus peregrinum in potestate habere potest,

ſowie ebendaſ. (fr. XIX, 4. XX, 14. XXII, 2.) u. ö.

Das zweite Merkmal des jus quo solus populus Romanus utitur, oder jus proprium populi Romani oder civium Romanorum in dieſem Sinne findet ſich vor bei

Gajus, Inst. I, 189.:

> Nec fere ulla civitas est, in qua non licet parentibus, liberis suis impuberibus testamento tutorem dare, quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani videantur tantum liberos in potestate habere;

wozu

Instit. I, 55.:

> Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos justis nuptiis procreavimus. Quod jus proprium civium Romanorum est. Fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus [586]).

---

586) Die erſte dieſer beiden Stellen fällt ganz unzweifelhaft unter den gegenwärtigen Geſichtspunkt, wie der Eingang: nec fere ulla civitas est, in qua etc. beweiſt; bei der zweiten derſelben erſcheint dies zwar zweifelhafter, allein immerhin noch wahrſcheinlich, weil der Ausdruck nulli alii homines am füglichſten aufzufaſſen iſt in dem Sinne nullius alius gentis cives. Ob dagegen das erſte oder das zweite der obigen Merkmale in's Auge gefaßt iſt, muß unentſchieden bleiben in Stellen, wie Gaj. Inst. I,

Dieſe beiden erſten Merkmale treten auch ſelbſtſtändig hervor bei

Isidor. Orig. V, 9, 1.:

> Jus Quiritium est proprie Romanorum, quod nulli tenent [587]) nisi Quirites, id est, Romani, tanquam de legitimis hereditatibus, de cretionibus, de tutelis, de usucapionibus, quae jura apud nullum populum alium reperiuntur, sed propria sunt Romanorum, et in eosdem solos constituta,

eine Stelle, welche immerhin auch hier einige Beachtung finden mag, weil wir derſelben eine unmittelbare und vielleicht mit ſehr untergeordneter Umänderung verbundene Abſtammung aus den Quellen dieſer Periode anweiſen dürfen [588]). Dagegen gehört nicht hierher Marcianus lib. 1. Inst. (§. 2. J. et J. N. 1, 2.):

> Jus, quo populus Romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus,

indem vielmehr aus dem ganzen Tenor dieſer Stelle erhellt, daß Marcian nicht lediglich das ſeinem Inhalte nach rein particuläre Rechtselement, ſondern das geſammte römiſche Recht, im Gegenſatz zu dem in fremden Staaten gültigen Rechte unter dem jus civile Romanorum begriff. Ebenſo wenig iſt hierher zu ziehen Ulpianus lib. 1. Inst. (l. 4. pr. D. de J. et J. 1, 1.);

> Jus proprium id est civile,

da dieſer Ausſpruch an ſich zwar ebenſowohl einer Unterordnung unter das erſte, wie unter das zweite Merkmal fähig iſt, der Umſtand aber, daß Ulpian den Standpunkt der comparativen Jurisprudenz bei der Begriffsbeſtimmung des jus gentium fern hielt (§. 81.), uns berechtigt, dem erſten Merkmale dieſe Stelle zu überweiſen.

Endlich das dritte Merkmal das jus quod populus Romanus ipse constituit findet ſich lediglich combinirt mit dem erſten Merkmale, hier aber bei

---

100. 119. II, 65., obgleich hier das erſte Merkmal als maaßgebend angenommen werden kann, weil der demſelben entſprechende Geſichtspunkt bei der Auffaſſung des jus civile prävalirt hat.

587) Hier dürfte zu emendiren ſein: proprium Romanorum, quo nulli tenentur.

588) Vergl. Beilage VI.

Gajus I, 1., wo das jus civile characteriſirt wird als jus quod quisque populus ipse sibi constituit, ſowie bei

Marcianus, lib. 1. Inst, (§. 11. J. de J. N. 1, 2.), wo das jus civile bezeichnet wird durch jura, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit.

Endlich tritt dieſes Merkmal auch hervor bei Ulpianus lib. 1. Inst. (l. 6. pr. D. de J. et J. 1, 1.):

Cùm aliquid addimus, vel detrahimus juri communi, jus — civile efficimus.

Das erſte jener drei Merkmale iſt das hiſtoriſch gegebene und daſſelbe findet ſich, der Begriffsbeſtimmung des jus gentium entſprechend, bei allen den vier Juriſten vor, deren Theorieen wir als Repräſentanten der römiſchen Rechtswiſſenſchaft in's Auge faſſen.

Das zweite dieſer Merkmale iſt durch die comparative Jurisprudenz an die Hand gegeben, und bezüglich ſeiner erfordert ſchon die den römiſchen Juriſten beizumeſſende Conſequenz des Denkens, daß wir daſſelbe nur dem Gajus zuerkennen, dagegen dem Marcianus und Ulpianus abſprechen haben, während wir bezüglich des Paulus dieſe Frage als zweifelhaft dahingeſtellt ſein laſſen.

Endlich in dem dritten Criterium erkennen wir den Begriff des dem jus naturale gegenüberſtehenden Merkmales, da, wenn auch bei einer vollkommen ebenmäßigen Begriffsbildung, dem jus quod naturalis ratio constituit als Gegenſatz das jus quod civilis ratio constituit gegenübergeſtellt werden mußte, doch der populus Romanus in Wahrheit Träger und Vertreter dieſer civilis ratio iſt. Dieſes Merkmal haben nun Gajus und Ulpianus, ganz conſequent und entſprechend der Verknüpfung des jus naturale und jus gentium, auch dem hier in Betracht gezogenen jus civile attribuirt, während bezüglich des Paulus auch dieſer Punkt als zweifelhaft unentſchieden gelaſſen werden muß. Wenn dagegen bei Marcian das jus civile, als das Recht, welches in principaler Weiſe über den römiſchen Bürger allein herrſcht, mit jenem jus civile, welches durch der civitas ſchöpferiſche Willensbeſtimmung materiell in's Daſein gerufen wird, in dem einheitlichen Begriffe des jus, quod ipsa sibi quaeque civitas constituit, zuſammengefaßt iſt, während das Recht, welches über

alle freien Menſchen herrſcht, das jus gentium, von dem Rechte, welches aus einer Offenbarung der göttlichen Vorſehung ſelbſt hervorging, dem jus naturale, ſtreng geſchieden wird, ſo haben wir hierin allerdings eine Inconſequenz anzuerkennen, die jedoch ebenſowohl durch die Gleichheit der Bezeichnung jus civile erklärt, als auch durch den bei Behandlung jener Lehren von ihm gewählten Eintheilungsgrund bedingt wird (vergl. §. 89.).

§. 84.

Reſultat.

Die drei verſchiedenen Merkmale des jus gentium und jus civile, welche wir in §. 80—82. darlegten, erſcheinen als die Glieder einer dreifältig verſchiedenen Eintheilung des Rechtes. Bei der erſten Eintheilung erkannten wir als deren leitenden Geſichtspunkt die Herrſchaft des Rechtes über das Subject (vergl. §. 15.), und dieſer Eintheilungsgrund ergab das jus commune omnium hominum und das jus proprium civium Romanorum.

Die zweite Eintheilung faßt in's Auge die Gültigkeit des Rechtes bei den verſchiedenen Nationen und ſie ergab das jus quo omnes gentes utuntur und das jus quo (solus) populus Romanus utitur.

Die dritte Eintheilung faßte in's Auge die rechtsconſtituirende Potenz und ſie ſtellte auf ein jus quod naturalis ratio, reſp. divina quaedam providentia, und ein jus quod populus Romanus constituit. Die Erſte dieſer Eintheilungen war durch hiſtoriſche Rechtsbildung als eine empiriſche und practiſche gegeben; die zweite Eintheilung beruhte auf einer Abſtraction aus den durch hiſtoriſche Rechtsbildung gegebenen Landrechten der verſchiedenen Nationen; die letzte endlich verdankte der freien Speculation ihre Entſtehung.

Unter allen dieſen drei Eintheilungen ſtellt ſich die Erſte derſelben als die fundamentale und principale dar: ſie beſtimmte bereits zu Cicero's Zeit den Begriff und das Weſen des jus gentium und jus civile; ſie allein iſt von Vorn herein mit den bedeutendſten, tief in den geſchäftlichen Verkehr Rom's eingreifenden Wirkungen verknüpft; ihr allein kommen dieſe practiſchen Wirkungen als ſelbſtſtändige und ureigene zu und ſie allein er-

ſcheint geſchichtlich bedingt als Folge eines Entwickelungsganges, den der römiſche Staat in der Fortbildung ſeiner Verhältniſſe verfolgte. Daher iſt dieſe Eintheilung ſchon um ihrer ſelbſt willen in dem Rechte Rom's nicht zu entbehren. Anders verhält ſich dies mit den beiden anderen Eintheilungen: Producte einer reflectirenden Erforſchung des Rechtes, verbinden ſie ſich erſt in der gegenwärtigen Periode mit den Gegenſätzen des jus civile und jus gentium, und, an und für ſich aller ſelbſtſtändigen practiſchen Folgewirkungen bar, erhalten ſie ſolche erſt in Folge und auf Grund jener Verknüpfung. Wenn wir daher die Verbindung jener drei Merkmale und ihre Einordnung in das jus gentium und jus civile in's Auge faſſen, ſo rechtfertigt jene Sachlage, daß wir bei unſerer nachſtehenden Erörterung dieſes jus gentium und jus civile von den Merkmalen des jus commune omnium hominum und des jus proprium civium Romanorum ausgehen, dieſe als die primitiven und originären, als die allgemein und unbedingt wahren, als die eigentlichen und wahrhaft beſtimmenden Criterien feſthalten und ſomit ſolche Begriffsbeſtimmung als den Schwerpunkt anerkennen, um welchen herum die Ideen jenes Zeitalters in ihrem theilweis excentriſchen Schwunge ſich bewegen, kurz, daß wir jene Begriffe als den gegebenen Stoff auffaſſen, der ergriffen wird von einem metaphyſiſchen Amalgamirungsproceſſe und in ſolchem theils eine Verbindung mit neuen Vorſtellungen eingeht, theils eine Umgeſtaltung ſeines eigenen Weſens erleidet. Dagegen die anderen beiden Begriffspaare treten ebenſowohl als das neue Element zu jener uranfänglichen Subſtanz hinzu, wie ſie auch in Folge dieſer Verbindung auf die Letztere ſelbſt umwandelnd einwirken.

Faſſen wir nun zunächſt das Reſultat ſelbſt jenes Proceſſes in die Augen, wie ſolches nach §. 60., 81. u. 82. in den Quellen uns entgegentrat, ſo können wir aus den zahlreichen, hierauf bezüglichen Ausſprüchen der Juriſten eine dreifache allgemeine Poſition bezüglich des jus gentium abſtrahiren:

1) das jus gentium iſt ein jus naturale, wie ein jus commune omnium gentium;
2) das jus naturale iſt ein jus gentium, wie ein thatſächliches jus commune omnium gentium;

3) Jus gentium, jus naturale und jus commune omnium gentium sind ihrer Sphäre nach einander gleich[589]).

Die beiden ersten Sätze enthalten an sich eine einfache Prädicirung, während der dritte Satz ein reciprokables Urtheil giebt, wonach die in Betracht gezogenen drei Begriffe für einander gleich an Umfang und somit für Wechselbegriffe erklärt werden.

Rücksichtlich aller dieser Sätze haben wir nun vor Allem festzuhalten, wie Marcianus ganz unzweifelhaft, Paulus wenigstens wahrscheinlicher Weise der Verknüpfung der ratio naturalis mit dem jus gentium fern stehen, und lediglich Gajus, wie aller Wahrscheinlichkeit nach auch Ulpianus diese Lehre vertreten; wie ferner ebenfalls nur bei Gajus mit Bestimmtheit die Verbindung des Merkmales der nationalen Allgemeingültigkeit mit dem jus gentium sich nachweisen läßt, bei Paulus aber als zweifelhaft dahingestellt bleiben, bei Marcianus und Ulpianus endlich mit Wahrscheinlichkeit abgelehnt werden muß. Demnach ist es nur Gajus, welcher für uns jene sinnverwirrende Verschlingung der verschiedenen Begriffe in vollem Umfange repräsentirt, daher auch an seine Dogmen die nachstehende Erörterung vornämlich sich anschließen wird.

Indem nun Gajus, was zunächst den Ersten der obigen drei Sätze betrifft, dem ihm historisch überlieferten Begriffe des jus gentium die zwei neuen Merkmale beifügte, daß dasselbe ein Recht sei, welches sowohl aus der naturalis ratio hervorgegangen, wie auch bei allen Völkern gültig war, so konnte zwar solches Dogma keineswegs als frei von Fehler und Irrthum angesehen werden, allein es nahm im Allgemeinen eine versöhnliche Stellung gegenüber dem historisch gegebenen Rechte ein, insofern in einem höheren Grade annäherungs- und vergleichungsweise das jus gentium ein Recht war, welches als naturali ratione constitutum und commune omnium gentium gelten konnte. Denn wenn gleich bezüglich einzelner Rechtsinstitute die gerechtesten Zweifel über die Richtigkeit jener Induction auftauchen mußten und mit vollem Rechte z. B. die Frage sich

589) Von diesen drei Sätzen gehört eigentlich nur der erste hierher, während der zweite dem Cap. II. zu überweisen sein würde; allein practische Rücksichten geboten die obige Anordnung des Stoffes.

aufwerfen ließ, ob denn die litterarum obligatio, wie die stipulatio, welche bereits zu Gajus' Zeiten theilweis juris gentium waren, in Wahrheit juris omnium gentium [590]) und juris naturalis seien; wenn gleich auch namentlich in der letzteren Beziehung sich darauf hinweisen ließ, wie die Stipulation in der Form des Spondesne? Spondeo! juris civilis, in allen übrigen Formen dagegen juris gentium war, und wie es dem gegenüber sinnlos sei, anzunehmen, daß die Wahl der Worte allein den Werthmesser der Vernunftmäßigkeit oder nationalen Gemeingültigkeit eines Rechtsinstitutes bilden solle; so betrafen doch derartige Bedenken immerhin nur wenige vereinzelte Puncte, während im großen Ganzen und namentlich bei Vergleichung des jus gentium mit dem jenen Merkmalen entsprechenden Character des jus civile jenes Urtheil in der That nicht ungerechtfertigt erscheinen mochte.

Allein diese relative Unbescholtenheit des Dogma ging vollständig verloren, indem Gajus, daneben auch den Zweiten der obigen Sätze aufstellend, das jus naturale sowohl für ein jus gentium, wie für ein actuelles jus commune omnium gentium erklärte, hiermit aber nothwendig auch zu einer Gleichheitserklärung von jus gentium, jus naturale und jus commune omnium gentium, somit aber zu dem Dritten der obigen Sätze gelangte. Denn da insbesondere diejenigen Normen, welche als Postulate des jus naturale anerkannt wurden, sowie diejenigen Satzungen des römischen Rechtes, welche in den Rechten aller Nationen sich vorfanden, noch weit weniger in ihrer Gesammtheit und ausnahmelos juris gentium waren, als alle Satzungen des jus gentium ausnahmelos für ein Product der naturalis ratio oder für national gemeingültig erklärt werden konnten; da andrerseits aber auch die Theorie nicht Kraft genug besaß, ihren eigenen, den obigen Sätzen entsprechenden Postulaten mit einem Schlage

590) Daß die Stipulation höchstens den Völkern griechischer und lateinischer Zunge bekannt, dagegen allen übrigen Nationen fremd gewesen, ergiebt sich daraus, daß noch Gaj. III, 93. als selbstverständlich voraussetzt, daß sie lediglich in griechischen oder lateinischen Worten verlautbart werden könne, bereits Sabinus aber die Zulässigkeit einer anderen Sprache in Abrede gestellt hatte; vergl. Ulpian. lib. 48. ad Sabin. (l. 1. §. 6. D. de V. S. 45, 1.).

Anerkennung und Verwirklichung im Rechtsleben zu verſchaffen; ſo trat mit jenem Ausſpruche Gajus in einen weitgreifenden und vielfältigen Widerſpruch mit den realen Rechtszuſtänden und den Reſultaten der hiſtoriſchen Rechtsbildung. So war z. B. das ganze, auf eheliche Blutsverwandtſchaft geſtützte Erbrecht ebenſowohl ein jus, quo omnes gentes utuntur, wie auch andrerſeits ein von der Anſchauung jenes Zeitalters auf die naturalis ratio zurückgeführtes Inſtitut, während im Widerſpruche mit den hieran zu knüpfenden Conſequenzen das geſammte Erbrecht mit einigen ganz unbedeutenden Modificationen ſtets juris civilis geweſen war und blieb.

Der aus jenen Vorderſätzen ſich ergebende Conflict hätte ſich nun dadurch zwar beſeitigen laſſen, daß man für dieſen neu conſtruirten Begriff des jus gentium die Prätenſion, poſitives Recht zu ſein, aufgab, und demſelben lediglich eine rein ideale Stellung einräumte; dann würde dieſes jus gentium mit dem jus naturale zuſammengefallen und lediglich zur Bezeichnung einer beſonderen Beziehung dieſes Begriffes herabgeſunken ſein. Da jedoch gerade dieſer Ausweg der römiſchen Theorie fern lag, dieſelbe vielmehr an der Realität des jus gentium ſtreng feſthielt, ſo trat nunmehr jener Widerſpruch zwiſchen Speculation und Empirie auch offen und unlösbar zu Tage. Beide, in dem jus naturale, dem jus commune omnium gentium und dem jus gentium eine verſchiedene Sphäre umſpannend, werden in Einem Raume gewaltſam zuſammengepreßt, und zu einer Harmonie gezwungen, welche in Wirklichkeit mangelt, und ſelbſt der Vorſtellung widerſtrebt, daher in Oppoſition gegen ſolches Verfahren der Widerſpruch des Geiſtes ſelbſt die Theorie zu despotiſcher Willkühr in ihren Sentenzen, wie zu regelloſem Aufgeben der Conſequenzen ihrer eigenen Vorderſätze hindrängte.

So erblicken wir in dieſer wiſſenſchaftlichen Thätigkeit eines Gajus und Conſorten ein Bild der traurigſten Begriffsverwirrung, welche, auf das Gröblichſte die Geſetze des formalen, wie materialen Denkens verletzend, auf dem Gebiete der Inconſequenz oder der Willkühr ohne höheres Princip herumirrt; ein Bild, welches uns lebhaft veranſchaulicht, wie in dem Reiche des Gedankens Ein Irrthum unvermerkt von der Wahrheit mehr und mehr ablenkt, gleichwie die divergirenden Linien

zu immer wachſender Entfernung aus einander laufen; eine Bahn, die zu gänzlicher Deſtruction des hiſtoriſch gegebenen jus gentium geführt haben würde, wenn nicht die römiſchen Juriſten die Conſequenzen ihrer eigenen Dogmen wiederum verleugnet und in vielen Punkten willkührlich wieder aufgegeben hätten.

Dieſer Thatbeſtand allein erklärt nun eine doppelte, in den Rechtsquellen ſich darbietende Erſcheinung, zunächſt nämlich, daß zwiſchen den römiſchen Juriſten Zweifel und Controverſen darüber obwalten konnten, ob ein gegebenes Rechtsinſtitut dem jus civile oder dem jus gentium angehöre, wie dies z. B. Gaj. III, 133. bezüglich der transscripticia nomina von Nerva einerſeits, wie von Sabinus und Caſſius andrerſeits berichtet; ſodann auch den Umſtand, daß, während auf Grund jener ſpeculativen Merkmale einzelne Rechtsinſtitute dem jus gentium überwieſen werden, wie z. B. die Ehe, wiederum andere Rechtsinſtitute, hinſichtlich deren der nämliche Grund zu ſolcher Ueberweiſung in gleichem Maaße obwaltet, z. B. das auf die eheliche Blutsverwandtſchaft geſtützte Inteſtaterbrecht, von dem jus gentium ausgeſchloſſen bleiben.

§. 85.

Fortſetzung.
(Reſultat.)

Der vorgehende Paragraph hat die Thatſache und Beſchaffenheit des Irrthumes conſtatirt, der in der Gleichheitserklärung des jus gentium, jus naturale und jus commune omnium gentium zu Tage trat. Fragen wir nun gegenwärtig nach den Urſachen, welche als die beſtimmenden Factoren jener Erſcheinung anzuſehen ſind, ſo ſcheiden wir vor Allem eine doppelte Claſſe jener wirkenden Momente: die nächſten und unmittelbar beſtimmenden Urſachen nämlich, und die ferneren und nur mittelbar wirkenden. Die Erſteren haben wir bereis in §. 81 und §. 82. in Verbindung mit §. 60 dargelegt, und ſie reduciren ſich auf die vier Punkte, daß

1. das jus gentium annäherungsweiſe und im Vergleiche namentlich mit dem jus civile in Wahrheit ein jus commune omnium gentium und ein Recht war, welches nach den

herrſchenden Anſichten jenes Zeitalters auf die ratio naturalis zurückzuführen war, eine einfache Converſion des auf dieſen Sachverhalt geſtützten Urtheiles aber ebenſowohl an ſich ſchon nahe lag, wie andrerſeits auch dadurch befördert wurde, daß auch das jus naturale und das jus commune omnium gentium ſeine Verwirklichung als poſitives Recht noch am Vollkommenſten im jus gentium fand; ferner

2. daß eine äußere Gleichheit der dem jus gentium und jus naturale attribuirten beiden Merkmale der perſonalen und nationalen Allgemeingültigkeit obwaltete, die Theorie aber den bedeutungsvollen Unterſchied überſah, daß dieſe Merkmale dem jus gentium als actuelle und empiriſche, wie als grundweſentliche, dem jus naturale dagegen an und für ſich nur als potentielle und ſpeculative, wie als abgeleitete zukamen, eine Erſcheinung, für welche wir die erſten Anzeichen bereits bei Cicero vorfanden (vergl. §. 42);
3. die Gleichheitserklärung von zwei der in Frage ſtehenden drei Begriffe zugleich die Gleichheitserklärung beider mit dem dritten Begriffe weſentlich befördern mochte; endlich
4. die Gleichheit der Bezeichnung jus civile als des Ausdruckes für den dem jus naturale und dem jus gentium gegenüberſtehenden zwiefältigen Begriff von jus civile die Identificirung dieſes ſelbſt und damit auch die ſeiner Gegenſätze unterſtützte.

Da jedoch, wie wir bereits in §. 60 bemerkten, weder die Thatſache einer annäherungsweiſen Verwirklichung des jus naturale und jus commune omnium gentium in dem jus gentium, noch auch die Annahme eines reinen Denkfehlers auf Seiten der betreffenden römiſchen Juriſten genügt, das hartnäckige Feſthalten der Letzteren an jener Irrlehre zu erklären; da vielmehr dieſe Lehre bereits unter den römiſchen Juriſten ſchon Widerſpruch fand, andrerſeits aber auch dem Gajus ſelbſt und Conſorten die Wahrnehmung der aus jener unwahren Verbindung von Speculation und Empirie hervorgehenden Conflicte der Theorie mit den hiſtoriſch gegebenen Rechtsbildungen ſich keineswegs entzog, ſo haben wir auch tiefer liegende Urſachen anzuerkennen, welche jene auffällige Erſcheinung erklären, daß die betreffenden römiſchen Juriſten zu einer unbefangenen Prüfung

des wahren Verhältniſſes von jus gentium, jus naturale und jus commune omnium gentium nicht gelangten.

Als derartige tiefer liegende Urſachen vermögen wir aus den in den Quellen ſich darbietenden Erſcheinungen nachſtehende Momente zu entnehmen:

I. die in der wiſſenſchaftlichen Thätigkeit der römiſchen Juriſten allgemein vorherrſchende Richtung, welche wir als practiſche Speculation bezeichnen können, und die in der doppelten Beſtrebung ſich kund gab:
   1. die Speculation practiſch zu machen, nämlich dem jus naturale eine Realität zu verſchaffen; ſowie
   2. das empiriſche und hiſtoriſch gegebene Recht durch Speculation tiefer und feſter zu begründen, und insbeſondere das jus gentium ebenſowohl ſeinem Begriffe, wie auch ſeinem Inhalte und ſeiner Materie nach theoretiſch zu rechtfertigen; endlich

II. das Streben, den Anforderungen des Zeitgeiſtes auf Erweiterung des Gebietes des jus gentium Genüge zu leiſten.

Zunächſt das Streben der römiſchen Juriſten, dem jus naturale eine reale Unterlage und den Vorzug einer practiſchen Brauchbarkeit zu ſichern, iſt ebenſowohl bedingt durch die Stellung derſelben zu dem rechtlichen Verkehre des Lebens, wie daſſelbe auch ganz offen in allen uns überlieferten Quellen zu Tage tritt. Da nun als der geeignetſte Weg hierfür die Hypoſtaſirung des jus naturale unter das jus gentium, wie auch unter das aequum et bonum von ſelbſt ſich darbieten mußte, ſo haben wir einen offen zu Tage liegenden Grund, in dieſem Sachverhalte ein Motiv für das von Gajus angenommene Verhältniß zwiſchen jus gentium und jus naturale zu erblicken, daher in dieſer Beziehung jede weitere Bemerkung ſich erledigt.

Ebenſo treten andrerſeits die Beſtrebungen, die Rechtsſätze und Inſtitute, wie den Begriff ſelbſt des jus gentium theoretiſch zu begründen, und hierdurch dieſelben über die Stellung der Gebilde rein hiſtoriſcher Einflüſſe emporzuheben, in den Quellen unzweideutig zu Tage, während andrerſeits dieſes Streben ſelbſt aus der Anregung zu abſtracterer Speculation zu erklären iſt, welche die Jurisprudenz durch die Philoſophie empfing. Daß aber bei dieſer auf das Speculative gerichteten Thätigkeit der

Juriſten vornämlich das jus naturale als theoretiſches Fundament des jus gentium ſich darbot, beruht darauf, daß nicht allein der Begriff des jus naturale als ein bereits verarbeitetes ſpeculatives Ganze überliefert wurde, ſondern daß dieſe Lehre ſogar von der Philoſophie ſelbſt durch das Dogma von der societas hominum in die nächſte Berührung mit dem jus gentium gebracht war, der Jurisprudenz ſonach nur die Aufgabe blieb, dieſem gegebenen Zuſammenhange zwiſchen jus gentium und jus naturale einen Ausdruck zu verleihen und weiter auszubilden — eine Thatſache, welche wir nebſt ihren weiteren Conſequenzen im folgenden Paragraphen näher in Betracht ziehen werden.

Alle dieſe Momente treten jedoch in den Hintergrund gegenüber der einen Thatſache, daß der ſouveräne Geiſt der Zeit es war, der eine Erweiterung des Gebietes des jus gentium auf Koſten des jus civile erforderte, die römiſche Rechtstheorie aber bei dem von ihr eingeſchlagenen Verfahren lediglich dieſem Streben des Zeitgeiſtes diente, indem ſie die geeigneten Hebel herbeiſchaffte, jene Anforderung ſyſtematiſch zu realiſiren. Jene Neigung des Zeitgeiſtes ſelbſt ergiebt ſich nun aus mannichfachen, hier nicht in Betracht zu ziehenden Momenten; ſie erhellt aber auch aus dem von den römiſchen Juriſten bezüglich der Gleichſtellung von jus gentium, jus naturale und jus commune omnium gentium eingeſchlagenen Verfahren, welches wir daher näher in Betracht zu ziehen haben.

Faſſen wir nämlich, um nochmals zu der bereits in §. 79 behandelten Stelle des Gajus, Inst. I, 1. zurückzukehren, das Verhältniß in's Auge, in welchem die darin aufgefundenen drei Merkmale je des jus civile und jus gentium zu dieſen Begriffen ſelbſt ſtehen, ſo haben wir anzuerkennen, daß nach des Gajus eigener Darſtellung eine ſtrenge Ebenmäßigkeit in der Beziehung dieſer Merkmale auf das jus gentium einerſeits, und auf das jus civile andrerſeits obwaltet, ſowie daß dieſe drei Merkmale unter einander ſelbſt cumulativ gegenüber ihrem entſprechenden Begriffe ſich verhalten. Daß jedoch dieſe Darſtellung des Gajus eine unrichtige ſei, lehrt bereits die Erwägung, daß diesfalls die von Gajus vorgetragene Eintheilung eine erſchöpfende nicht ſein, vielmehr ein neutrales von dieſer Ein-

theilung nicht mit umſpanntes Gebiet freilaſſen würde, daher z. B. das Recht, welches national allgemeingültig, und doch nicht vernunftmäßig iſt, wie die Sclaverei, weder juris gentium, noch juris civilis wäre. Mit dieſem Reſultate aber iſt unvereinbar, daß jene Eintheilung von Gajus ſelbſt als eine erſchöpfende vorgetragen (partim — partim utuntur) und auch von der römiſchen Theorie ganz allgemein als ſolche anerkannt wird.

Wollte man nun aber, geleitet durch dieſe Rückſicht, ſtatt jener cumulativen Stellung eine ebenmäßig elective Stellung jener Merkmale zu ihrem entſprechenden Begriffe ſtatuiren, ſo würden jene Eintheilungsglieder wiederum nicht gegenſeitig ſich ausſchließen, vielmehr würde die Satzung z. B., welche auf der naturalis ratio beruht und doch nur auf den römiſchen Bürger Anwendung erleidet, wie das S. C. Orphitianum oder das Edictum unde liberi, ebenſowohl juris civilis, wie juris gentium zu gleicher Zeit ſein, was wiederum unvereinbar iſt mit dem nach Innen hin excluſiven Character der Eintheilung des Rechtes in ein jus gentium und jus civile, welchen die römiſche Rechts-Theorie, wie Praxis ebenfalls durchgehends anerkennt [591]).

Dieſe Wahrnehmung gebietet aber mit innerer Nothwendigkeit die Annahme, daß die vorausgeſetzte Ebenmäßigkeit in dem Verhältniſſe der drei Merkmale zu dem jus gentium einerſeits, und dem jus civile andrerſeits in der That nicht obwaltet.

Faſſen wir nun in's Auge, welche practiſche Anwendung von den in jener Weiſe conſtruirten Begriffen Gajus ſelbſt im einzelnen Falle macht; werden wir uns bewußt, wie auf die Deficienz der beiden neuen, theoretiſchen Merkmale nie die Ausſcheidung eines Rechtsinſtitutes von dem jus gentium und deſſen Ueberweiſung an das jus civile, wohl aber öfter die entgegenſtehende Manipulation geſtützt wurde; ſo erkennen wir hiermit, wie alle jene drei Merkmale auf Seiten des jus gentium in Wahrheit elective, auf Seiten des jus civile cumulativ behandelt wurden und wie hierdurch die Sphäre des hiſtoriſch gegebenen jus gentium auf Unkoſten des jus civile in der Weiſe er-

591) Die Gegenſätze von jus gentium und jus civile ſind in ein und derſelben Norm ſchlechthin unvereinbar; die Uebereinſtimmung jenes jus civile und des naturale kommt hierbei ſelbſtverſtändlich nicht in Betracht.

weitert wurde, daß neben den durch die geſchichtliche Rechtsbildung gebotenen Stoff des jus gentium das auf die nationale Allgemeingültigkeit und auf die Vernunftmäßigkeit geſtützte Recht als neue Materie des jus gentium tritt, hiermit aber dem hiſtoriſch gegebenen jus civile ſich entzieht.

Gerade dieſes Reſultat aber erſtrebte in ihren obigen Dogmen die römiſche Theorie, die, hierin wie allenthalben lediglich dem Zuge des Zeitgeiſtes folgend, in ſpeculativer Weiſe dasjenige tiefer zu begründen unternahm und vertrat, was als Anforderung poſtulirt ward von dem Rechtsbewußtſein der römiſchen Nation.

§. 86.

Fortſetzung.

(Reſultat.)

Wir wieſen in dem vorhergebenden Paragraphen darauf hin, wie die Philoſophie ſelbſt eine Berührung zwiſchen jus gentium und jus naturale durch die Lehre von der societas hominum vermittelte. Das Verhältniß nun dieſer letzteren Lehre zum jus gentium, die daraus ſich ergebende Berührung von jus gentium und jus naturale, ſowie endlich die durch dieſe zu erkennenden Verhältniſſe bedingten Lehrſätze der römiſchen Juriſten darzulegen, bildet unſere gegenwärtige weitere Aufgabe.

Indem die Stoiker und Cicero in der Lehre von der societas hominum die Darſtellung von einem Weltbürgerthume mit ſeinem allgemeinen Menſchenrechte, dem jus naturale, in das Geiſtesleben der Römer hineintrugen (§. 46), ſo trat hiermit eine Idee in das Bewußtſein der Letzteren, welche nach antiker Anſchauungsweiſe dem Inſtitute des jus gentium als nothwendige principielle Vorausſetzung innelag und als ſelbſtgegebene Baſis deſſelben alsbald anerkannt werden mußte (vergl. § 45). Denn gleichwie auf eine societas der cives die Herrſchaft des Geſetzes über den einzelnen Bürger in letzter Inſtanz ſich ſtützte und dieſe civitas als die nothwendige Vorausſetzung der communio juris civilis aufgefaßt wurde [592]), ſo erforderte auch die

592) Unter vielen Belegen hebe ich nur folgende hervor: Plato, Definit. p. 415. c. St. (§. 22. not. 132). Aristot. Polit. I, 1, 11.: τοῦτο γὰρ πρὸς τἆλλα ζῷα τοῖς ἀνθρώποις ἴδιον, τὸ μόνον ἀγαθοῦ καὶ κακοῦ

theoretiſche Rechtfertigung der Herrſchaft eines für alle Freien verbindlichen Rechtes in einfacher Conſequenz die Annahme einer entſprechenden societas aller Freien [593]). Wenn gleich daher die älteren Jahrhunderte der Stadt, fremd und unbekannt mit der abſtracteren Reflexion, zu einer Erkenntniß jenes leitenden Grundgedankens der gegebenen Erſcheinung ſich emporzuheben nicht vermocht hatten, ſo brachte doch mit Cicero die Philoſophie jene theoretiſch nothwendige Vorausſetzung zum vollen Bewußtſein und zur klaren Anſchauung. Denn wenn immer der Begriff der societas hominum bei den Stoikern, wie bei Cicero zunächſt nur als Glied einer dem jus gentium an ſich fremden Vorſtellungsgruppe erſcheint und lediglich als Pertinenz des Dogma vom jus naturale ſich darſtellt, ſo lag doch die Uebertragung jenes Begriffes auf die Lehre vom jus gentium ganz unmittelbar nahe, weil er zugleich auch gerade die Vorſtellung vertritt, welche, wie bemerkt, nach der antiken Anſchauung zur theoretiſchen Begründung des jus gentium ganz unentbehrlich war; vergl. §. 45.

Mußten nun aber die römiſchen Juriſten bei der in ihnen erwachenden Empfänglichkeit für ſpeculative Forſchung im Allgemeinen und bei ihrer Berückſichtigung der Lehren der practiſchen Philoſophie überhaupt, zur Aufnahme jener Lehre von der societas hominum angeregt werden, und zwar um ſo mehr, als ſie insbeſondere auch das Dogma der Philoſophie vom jus naturale annahmen, gerade mit dieſer Doctrin aber die Lehre von der societas hominum in der innigſten Verbindung ſtand; ſo lag andrerſeits auch die Uebertragung jener Lehre auf das jus gentium, ja in weiterer Folge endlich auch eine

---

καὶ δικαίου καὶ ἀδίκου καὶ τῶν ἄλλων αἰσθησιν ἔχειν. Ἡ δὲ τούτων κοινωνία ποιεῖ οἰκίαν καὶ πόλιν. Cic. Somn. Scip. 3.: Concilia coetusque hominum, jure sociati, quae civitates appellantur; de Rep. I, 32: Quid est enim civitas nisi juris societas; de Leg. II, 7, 16.: quam — sancta sit societas civium inter ipsos. Bei Liv. XXVI, 16. wird über Capua decretirt: nullius rei inter se sociam fore (sc. civitatem). Isidor. Orig. IX, 4, 5.: populus est humanae multitudinis, juris consensu et concordi communione sociatus; ſ. auch unten bei Note 597. Vergl. §. 46.

593) Vergl. Cic. de Legg. I, 7, 23.: Inter quos porro est communio legis, inter eos communio juris est. Quibus autem haec sunt communia, civitatis ejusdem habendi sunt.

derartige Verbindung Beider nahe, wie wir ſolche bei Gajus und Conſorten wahrnehmen: daß nämlich dem jus naturale, als dem Gegenſtande jener weltbürgerlichen Rechtsgemeinſchaft, das jus gentium hypoſtaſirt und für gleich erklärt wurde.

Wenn ſonach Gajus und Conſorten in der Behandlung jener Lehre von der societas hominum diejenige Richtung der römiſchen Jurisprudenz vertreten, welche dem für gleich erklärten jus naturale und jus gentium die Stellung einräumen, die von der Philoſophie dem jus naturale für ſich zuerkannt war, ſo finden wir doch daneben auch eine reine und unvermiſchte Reproduction jener philoſophiſchen Lehre in der Jurisprudenz, und dieſe Richtung wiederum vertreten Marcianus und Conſorten[594]). So erkennt Marcian den Menſchen als Glied jener societas, als φύσει πολιτικὸν ζῷον an, und ſtellt in der Lehre von den res communes omnium hominum ein Dogma auf, welches, parallel der Lehre von den res publicae, als den res communes omnium civium, ganz unmittelbar auf die societas hominum hinweiſt (§. 54. Note 432. u. 433.), ohne daß auf Grund dieſer Sätze von Marcian das jus naturale in eine weſentliche Verbindung mit der Lehre von dem jus gentium geſetzt worden wäre.

So nun gewinnt jene philoſophiſche Lehre von der societas hominum ein zwiefältiges Intereſſe für uns, einestheils dadurch, daß wir in ihr eine jener mitwirkenden Urſachen erkennen, auf welcher die Gleichſtellung von jus gentium und jus naturale beruht: denn dem Beſtreben der Jurisprudenz, das jus gentium theoretiſch zu begründen, bot die Philoſophie in der Lehre vom jus naturale und von der societas hominum ein geeignetes Hülfsmittel, daher gerade hierdurch die obige Verbindung befördert werden mußte; anderntheils gewinnt aber jene Lehre der Philoſophie auch ein unmittelbares und ſelbſtſtändiges Intereſſe, nicht bloß durch die Thatſache ihrer Adoption Seitens der Jurisprudenz überhaupt, — alſo auch außerhalb der dar-

594) Daß auch hier Marcian es iſt, der als Vertreter dieſer Richtung uns entgegentritt, ſtimmt damit überein, daß wir demſelben eine vollkommenere Annäherung an die Lehre der Philoſophie und insbeſondere eine unverfälſchte Reproduction der Lehre vom jus naturale beizumeſſen haben; vergl. §. 54.

auf geſtützten Verbindung von jus naturale und jus gentium, — ſondern vornämlich auch dadurch, daß jene Lehre zu einem der Centralpunkte ſich erhob, um welchen herum eine anderweite ſelbſtſtändige ſpeculative Erforſchung über das Weſen des Rechtes Seitens der Jurisprudenz ſich bewegte: die Unterſuchung nämlich über den letzten Grund der verbindlichen Kraft des Rechtes, alſo des jus civile, wie des jus gentium. Und dieſer Punkt iſt es, den wir an gegenwärtiger Stelle noch in Unterſuchung zu ziehen haben.

Unter den verſchiedenen Fragen über das Weſen des Rechtes nämlich, welche die Wiſſenſchaft der gegenwärtigen Periode zur Beantwortung ſich aufſtellte, nahm auch die Frage über die letzten Gründe der verbindlichen Kraft des Rechtes und ſeiner Herrſchaft über das Subject die Aufmerkſamkeit der denkenden Köpfe in Anſpruch. Zwar war die Herrſchaft des jus civile, als des jus civium Romanorum, in principaler Weiſe baſirt auf die civitas Romana, während das jus gentium als das jus commune omnium [liberorum] hominum ſeine verbindliche Kraft auf die libertas im Allgemeinen ſtützte Allein dieſe Wahrnehmung ſelbſt ſetzte bereits die Herrſchaft des Geſetzes, wie die Rechtsfähigkeit der Perſon als etwas Gegebenes voraus und ließ nun in der civitas und libertas lediglich die Media erkennen, an welche jene Herrſchaft, wie andrerſeits dieſe Rechtsfähigkeit nach Außen hin ſich anknüpfte. Nicht aber war hiermit zur Erkenntniß gebracht, worauf überhaupt jene Machtäußerung des Geſetzes in letzter Inſtanz beruhte und welches ſomit der Grund der Verknüpfung ſeiner Herrſchaft, wie der Rechtsfähigkeit der Perſon mit der civitas und libertas war.

Bezüglich des jus civile lag die Beantwortung dieſer Frage nahe: die in allen normalen Staatsverfaſſungen der antiken Welt in ihren Grundzügen gleichmäßig ſich vorfindende Vertheilung der Staatsgewalt, welche die legislative Beſchlußfaſſung den Volksverſammlungen überwies, ließ auf den erſten Blick erkennen, daß der populus [595]) es war, der durch ſeine Abſtimmung

595) Der Ausdruck populus birgt vornämlich eine dreifache Bedeutung: 1) als Inbegriff des Staates, 2) als Organ der Staatsgewalt, welches in den Comitien eine verfaſſungsmäßige Thätigkeit entfaltet, 3) als Volk und

in den Comitien das jus, wie die lex publica im Allgemeinen sanctirte. Dieſe Beſchlußfaſſung manifeſtirte ſich äußerlich als ausdrücklich conſentirende Beitrittserklärung, welche zur Rogation des Magiſtrates oder tribunus plebis als correlate Willenserklärung hinzutrat, in der Weiſe, daß auf die Frage des rogirenden Beamten: velitis jubeatis Quirites, hoc sic fieri, die Antwort erfolgte: uti rogasti (sc. ita volo jubeo). Durch dieſe Worte wird die Rogation zum jussus oder jussum populi oder, wie Papinian. lib. 1. Definit. (l. 1. D. de leg. 1, 3.) ſagt: zur communis reipublicae sponsio. Dieſer expressus consensus populi [596]) war es daher, der zunächſt als Grund der bindenden Kraft der lex publica, wie des jus civile im Beſonderen ſich darſtellte und erkannt ward, ſo von Julianus lib. 94. Digest. (l. 32. §. 1. D. de leg. 1, 3.):

Quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt;

Modestinus lib. 1. Regul. (l. 40. D. eod.):

Omne jus — consensus facit;

und Macrob. in Somn. Scip. 1, 8.:

Illa autem sola justa est multitudo, cujus universitas in legum consentit obsequium;

wie bereits früher Cicero de Rep. I, 25.:

Populus — non omnis hominum coetus, quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis, juris consensu et utilitatis communione societas;

---

zwar als Inbegriff a) der concreten Volksmenge, b) des Volkes in abſtractem Sinne. In dieſer Weiſe iſt die Diſtinction bei Rubino Unterſuchungen p. 233., Becker Handb. der röm. Alterth. II, 1. Note 687. Savigny Syſtem I. p. 147. von Volk im ideellen und im concreten Sinne zu ergänzen und zu verbeſſern. Welche Bedeutung in der obigen Beziehung obwaltet, dies läßt ſich nicht in Kürze beſtimmen und nachweiſen.

596, Daß der Majoritätsbeſchluß bereits als consensus populi galt und für den diſſentirenden Einzelnen bindende Kraft hat, beruht auf anderweiten ſtaatsrechtlichen Prämiſſen, die hier nicht weiter in Betracht kommen. Die Exiſtenz ſolcher Prämiſſen überſieht Becker, Handbuch der röm. Alterth. II, 1. Note 735. bei ſeiner Argumentation gegen Rubino, daher, wie wenig ich immerhin die von Letzterem ausgeſprochene Parallele der lex mit der verborum obligatio billige, ich doch andrerſeits auch die von Becker aufgeſtellten Gegengründe weder als treffend, noch auch als wahr anerkennen mag.

und ibid. III, 33.:

Mihi populus non est, — —nisi qui consensu juris continetur [597]).

Indem man nun in einer ſtaatsrechtlich nicht begründeten Conſequenz dem populus auch außerhalb der Comitien eine Beſchlußnahme über lex und jus zuerkannte, gelangte man ferner zu dem Satze, daß auch ohne Vermittelung durch die Comitien der populus durch einen tacitus consensus eine lex publica und jus civile conſtituiren könne [598]). Dieſer tacitus consensus ſelbſt verhält ſich aber in doppelter Weiſe:

1) Als ſtillſchweigende Zuſtimmung zu einer der beiſtimmenden Beſchlußnahme des populus bedürfenden rechtsverbindlichen Satzung. Hierher gehört, daß man einen ſtillſchweigenden Conſens des populus zu einem ohne ſeine Beſchlußfaſſung abgeſchloſſenen foedus ſtatuirte, wobei man lediglich die Kundgebung der Volksmeinung und, als Prüfſtein der Letzteren, den Ablauf eines längeren Zeitraumes erforderte. Dieſe Anſicht machte ſich geltend bezüglich des mit Hadsrubal abgeſchloſſenen zweiten Additionalvertrages zum fünften Staatsvertrage mit Carthago, wie dies bezeugt Liv. XXI, 19.;

597) Vergl. Cic. de Rep. III, 31. Augustin. de C. D. II, 21. XIX, 21. 24. Isidor. Orig. IX, 4, 5.

598) Ureigene legislative Kraft und Gültigkeit kam nur den ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Beſchlüſſen des populus zu; alle übrigen Präcepte der ſtaatlichen oder geiſtlichen Organe ſtanden entweder dem Begriffe der lex fern, oder inſoweit ſie ſich demſelben annähern (legis vigorem habent, legis vicem obtinent), war ihre Kraft nur eine derivative. So leiteten die constitutiones principum ihre legislative Bedeutung aus der lex de imperio her (vergl. z. B. Gaj. I, 5. Ulpian. lib. 1. Inst. (l. 1. pr. §. 1. D. de const. princ. 1, 4.), und ähnlich verhält ſich dies mit der gleichen Stellung der edicta magistratuum. Die legislative Gültigkeit der SCta war anfangs zweifelhaft (Gaj. I, 4.: fuit quaesitum), während die ſpätere Zeit ſolche durch einen tacitus consensus populi begründet zu haben ſcheint (ſo Pomponius lib. sing. Enchir. (l. 2. §. 9. D. de O. J. 1, 2.): quidquid (sc. senatus) constituisset, observabatur). Die Kraft der responsa prudentum beruhte theils auf dem jus respondendi (Vergl. insbeſondere §. 87. de J. N. 1, 2.), theils auf der auctoritas ihrer Urheber (Vergl. z. B. Pomponius l. c. (l. 2. §. 5. D. de O. J. 1, 2.), alſo ebenfalls auf einer ſtillſchweigenden Anerkennung Seitens des populus, inſofern überhaupt jene responsa mehr enthielten als eine Explication des legislatoriſchen Willens, worüber vergl. §. 12.

In Hasdrubalis foedere —— tot annorum silentio ita vivo eo comprobatum sit foedus, ut ne mortuo quidem auctore quidquam mutaretur;

ſowie rückſichtlich des durch L. Marcius im J. 542 oder 543 abgeſchloſſenen foedus mit Gades, bezüglich deſſen Cic. p. Balb. 16, 35. und 15, 34. der commendatio et judicium vetustatis, wie der opinio vetustatis und vetustas die Bedeutung der voluntas et sententiae populi und die Kraft der suffragia lata beimißt.

In der nämlichen Weiſe iſt die verbindliche Kraft der legislativen Senatusconſulte der angehenden Kaiſerzeit, ſowie der responsa prudentum zu begründen, inſoweit die letzteren nicht auf das jus respondendi ſich ſtützten und über die einfache Explication des legislatoriſchen Willens hinausgingen (vergl. Note 598).

2) Als ein in den mores ſich kundgebender, die consuetudo erzeugender [599]), ebenfalls durch einen angemeſſenen Zeitablauf bedingter tacitus consensus zu ſelbſtgeſchaffener Satzung [600]), worüber namentlich Zeugniß abgiebt:

Varro (de moribus) bei Serv. in Aen. VII, 601:

Mores sunt communis consensus omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit; wozu vergl. Macrob. Saturn. III, 8.

Cic. de Inv. II, 54.:

Consuetudine jus est, quod in morem vetustas vulgi approbatione perduxit;

---

599) Die consuetudo iſt der Inbegriff der mores inveterati; jene iſt das Product, die mores ſind das Erzeugende; ſo in den oben mitgetheilten Stellen; das entgegengeſetzte Reſultat ſtellt ſich heraus bei Cic. Part. Orat. 37, 130.

600) Die rechtsconſtituirende Kraft der mores erkennen namentlich an Cic. de leg. II, 10. (Erunt fere in more majorum, qui tum ut lex valebat); Aucl. ad Herenn. II, 13, 19. Gaj. III, 82. IV, 26. 27. Julianus l. 94. Dig. (l. 32. pr. D. de leg. 1, 3.), Ulpianus lib. 1 de Off. Proc. (l. 33. D. eod.), Hermogenianus lib. 1. jur. Epit. (l. 35. D. eod.); Vergl. auch Paulus lib. 7. ad Sabin. (l. 36. D. eod.), Modestinus lib. 1. Regul. (l. 40. D. eod.), ſowie Celsus lib. 23. Dig. (l. 39. D. eod.). Die interpretative Kraft erkennen an Callistratus lib. 1. Quaest. (l. 38. D. eod.) und Paulus lib. 1. Quaest. (l. 37. D. eod.); die derogatoriſche Kraft endlich Plaut. Trinum. IV, 3, 30. Liv. 27, 8, 9. Julianus lib. 94. Digest. (l. 32. §. 1. fin. D. de leg. 1, 3.) und Marcianus lib. 1. Inst. (§ 11. J. de J. N. 1, 2.).

Ibid. II, 22.:

Consuetudinis jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit;

Julianus lib. 94. Digest. (l. 32. §. 1. D. de leg. 1, 3.):

Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declararet, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem aborgentur;

Gajus III, 82.:

Eo juri, quod consensu (sc. tacito) receptum est;

Ulpianus fr. §. I, 4.;

Mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus.

Nach Alle dem bildet daher der consensus civium den Grund der bindenden Kraft des jus civile gegenüber der Gesammtheit der ihm Unterworfenen, der cives, und ebenso wird durch diesen consensus das Correlat der Herrschaft des Gesetzes, die Rechtsfähigkeit der Person bedingt, während das Bürgerrecht selbst, die civitas nur als das nothwendige Medium erscheint, welches die Beziehungen des Gesetzes zum Individuum, also die Herrschaft des Ersteren, wie die Rechtsfähigkeit des Letzteren vermittelt.

§. 87.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Gleichwie der einzige Rechtsgrund der Herrschaft des jus civile über den civis in dem Consens der civitas gefunden wurde und gefunden werden mußte, so bot sich für die Herrschaft des jus gentium über die homines der gleiche Rechtsgrund dar: Consens der homines. Diese Reflexion finden wir bereits bei Cicero Part. Orat. 37, 130., der, gleichwie er in der majorum mos ein Product der consuetudo anerkennt (vergl. §. 86. Note 599.), so

auch das jus gentium auf die conventa hominum und einen quasi consensus, d. h. auf die Verkehrsverhältniſſe des geſchäftlichen Lebens und ein hierin ſich offenbarendes Analogon des expressus consensus, alſo auf einen tacitus consensus zurückführt. In ähnlicher Weiſe tritt gleiche Anſicht bei Marcian zu Tage, wenn derſelbe lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.) ſagt:

Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam — — gentes humanae quaedam sibi constituerunt;

denn auch hier erſcheint dieſe Rechtsconſtituirung als Act, der bedingt iſt durch einen Conſens. Das Subject dieſes Conſenſes iſt aber, gleichwie bezüglich des jus civile die societas civium, ſo bezüglich des jus gentium die societas hominum, oder das omne humanum genus, wie Marcian ſie benennt. Dieſes humanum genus faßt jedoch Marcian nicht als diffuſe und ungeordnete Maſſe in's Auge, vielmehr erkannte er in dem omne humanum genus ein aus natürlichen Theilen beſtehendes Ganze an und ließ durch dieſe Mittelglieder den Conſens der Majorität vermitteln, auf dieſem Wege die Möglichkeit darlegend, wie jene ſcheinbar diffuſe Vielheit zu einem einheitlichen Willensacte gelangen konnte. Dies ſind die humanae gentes, die größeren, durch Stammverwandtſchaft, nicht aber nothwendig durch ſtaatliches Gemeinweſen verbundenen und abgeſchloſſenen Kreiſe der Menſchen [601]).

Gleiche Grundidee vom Conſens der geſammten Menſchheit kann auch herrſchend geweſen ſein bei Ulpianus und Paulus, wenn dieſelben das jus gentium als praecepta gentium bezeichnen und für ein jus quo omnes gentes humanae utuntur, wie für ein jus omnium gentium erklären, und diesfalls würde eine Verſchiedenheit zwiſchen allen den Genannten nur in der Richtung der Anſchauung obwalten, inſofern Ulpianus und Paulus das Gewordene, Marcianus das Werdende, Cicero die Kraft des Werdens zunächſt in's Auge faſſen, Alle dagegen in dem consensus der societas hominum oder gentium dieſe erzeugende Kraft und in dem jus gentium deren Product anerkennen.

Mit dieſem Reſultate war die Frage über den letzten Grund der Herrſchaft und bindenden Kraft des jus gentium gelöſt, allein

601) Vergl. §. 81.

gleichzeitig auch der Speculation die Veranlaſſung geboten, eine weitere Frage in den Kreis ihrer Forſchung und Erwägung hereinzuziehen. Denn gleichwie der populus Romanus in den Comitien nur durch die Rogation des Magiſtrates zur Kundgebung ſeines Conſenſes äußerlich angeregt wurde, ſo bedurfte auch das humanum genus bei dem Acte ſeiner Rechtsproduction einer gegebenen Veranlaſſung, welche ſeinen consensus provocirte und zu jener Manifeſtation anregte. Gleichwie nun Celsus lib. 23. Digest. [602]) in der ſchöpferiſchen Kraft der dinglichen ratio dieſen Hebel des civilen Gewohnheitsrechtes anerkannte, ſo erblickte Marcianus in dem usus exigens und in den humanae necessitates [603]) die Triebkraft, welche die Willensbeſtimmung des Menſchengeſchlechtes zur conſentirenden Aeußerung über das jus gentium in Bewegung geſetzt hatte; denn in lib. 1. Inst. cit. ſagt Marcian:

Usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt.

Mit dieſem Satze findet der eine Kreis der Speculation über den letzten Grund der Herrſchaft des jus gentium ſeinen Abſchluß: der Drang der Bedürfniſſe des geſchäftlichen Verkehres und der menſchlichen Natur regt das Menſchengeſchlecht zur Willensäußerung über eine rechtliche Ordnung der auf jenen Vorausſetzungen beruhenden Verhältniſſe an, und aus dem Conſens der Majorität geht hervor das jus gentium.

Dies iſt der eine Weg, den bei jener Speculation die römiſche Jurisprudenz einſchlug und bei dem wir in Marcian den Repräſentanten der Wiſſenſchaft anerkennen. Allein daneben finden wir, daß auch nach anderer Richtung hin die Reflexion ſich bewegte, und hier iſt es Gajus, der uns als Prototyp dieſer anderweiten Auffaſſung erſcheint.

602) l. 39. D. de leg. 1, 3.: quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. Wegen ratio vergl. Beilage IV.

603) Daß Marcian an dieſer Stelle den usus und die necessitates, nicht aber gleich Gajus die naturalis ratio ſtatuirt, ſcheint mir ein weiterer Grund für die Annahme, daß die naturalis ratio bei Marcian entweder gar keine Anerkennung oder lediglich eine ganz untergeordnete Stellung fand; vergl. §. 54. Note 435.

Zwar dürfte auch Gajus, gleich Cicero und Marcian, in dem consensus hominum den Grund der bindenden Kraft des jus gentium erblickt haben, und das Merkmal deſſelben, ein Recht zu ſein, quo omnes gentes utuntur, ſcheint den Conſens der Majorität der Menſchheit zu ſeiner Vorausſetzung zu haben; allein einestheils tritt nun bei Gajus die Vorſtellung zu Tage, daß die Kundgebung dieſes consensus durch die organiſche Gliederung des Menſchengeſchlechtes nach Staaten vermittelt werde, andrerſeits ſind bei ihm, ebenſo wie bei Ulpianus, die Hebel ganz andere, welche jenen Conſens zur Wirkſamkeit und in's Daſein berufen.

Gleichwie nämlich das Subject der Rechtserzeugung des jus civile, das römiſche Volk, ein nach politiſchen Abtheilungen organiſch gegliedertes Ganze war, ſo greift nun bei Gajus die Vorſtellung Platz, daß auch die societas hominum ein in ähnlicher Weiſe auf politiſche Gliederung geſtützter Organismus war, der in dieſer Conſtruction die Rechtsproduction bezüglich des jus gentium bewirkte. Daher treten nun in Folge dieſer Ideenverbindung die gentes ſelbſt als ſtaatliche Gemeinweſen in den Kreis dieſer Speculation herein.

Den Hebel ſolcher Rechtsproduction aber bildet nicht, wie bei Marcian, der usus und die necessitates, ſondern die naturalis ratio wird erkannt als die Triebkraft, welche die gentes zur Conſtituirung des jus gentium anregte [604]). Dieſe ratio, als eine der natura rerum immanente Vernünftigkeit, iſt nun älter als das Geſchlecht der Menſchen ſelbſt; daher war ſie als anregende Kraft bereits thätig im Momente der Vollendung des Schöpfungsactes und von dem Augenblicke an, wo der neu geſchaffene Menſch zur Beſinnung gelangte und den Abſchluß der ſtaatlichen Genoſſenſchaften bewerkſtelligte, von dieſem Moment an empfing er bereits jene Anregung zur Einſetzung eines jus gentium. Dies iſt der Sinn, den der Ausſpruch des Gajus in lib. II. Aureor. (l. 1. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.) birgt:

jus gentium cum ipso genere humano proditum est.

604) Eine ähnliche Ideenverbindung obgleich in etwas anderer Richtung und ohne Bezug auf das jus gentium, finden wir bei Cicero Tusc. I, 13, 30.: omni autem in re consensio omnium gentium lex naturae putanda est.

Allein mit jenem ursersten Acte der Rechtsproduction war das jus gentium selbst noch bei Weitem nicht abgeschlossen und vollendet: eine genauere Beobachtung der natura rerum lehrt täglich neue Satzungen in ihr erkennen und so geschieht es, daß in stetiger Entwickelung immer neue Regeln aus jenem unerschöpflichen Borne letzter und vollendeter Weisheit hervorgehen[605].

So enthält diese Speculation des Gajus die drei Positionen:

die naturalis ratio regt die gentes zur Constituirung des jus gentium an;

die gentes constituiren das jus gentium und bedienen sich dessen;

das jus gentium selbst aber bindet das genus humanum;

und diese Sätze stehen unter einander in dem Verhältnisse einer successiven, wie causalen Abhängigkeit, was namentlich sich ergiebt aus:

Instit. I, 189.: Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatium jure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is etc.

Inst. I. 52.: Quae quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes gentes animadvertere possumus etc.

indem eine Vergleichung beider Stellung ergiebt, wie die Vernünftigkeit der Satzung deren nationale Allgemeingültigkeit, und die letztere wiederum deren Einordnung in das jus gentium bedingt. Allein mehrfach giebt auch Gajus jene systematische Reihenfolge auf, indem er die Einordnung einer Norm in das jus gentium sogleich mit deren Vernunftmäßigkeit in Verbindung setzt; so

Instit. III, 154.: Juris enim gentium est societas, quam inire omnes homines naturali ratione possunt.

§. 88.

Fortsetzung.

(Resultat.)

Als das Hauptresultat der in dem gegenwärtigen Capitel angestellten Untersuchungen können wir nun schließlich den Satz

605) Vergl. §. 55.

feſtſtellen, daß von den dem jus gentium von der röm. Jurisprudenz attribuirten drei Merkmalen nur das durch die hiſtoriſche Rechtsbildung gegebene Criterium des jus commune omnium hominum allgemein anerkanntes und wahrhaft weſentliches Merkmal des Begriffes iſt; daß dagegen den anderen beiden Merkmalen nur irrthümlicher Weiſe und nur von einzelnen Juriſten jene Bedeutung beigemeſſen wird, und daß ſomit, wenn auch die römiſche Rechtstheorie die Ueberweiſung einzelner Inſtitute an das jus gentium auf Grund jener irrigen Criterien anerkennt, die Thatſache der Allgemeinheit ſolcher Agnition ſowohl, wie auch das Maaß der damit verbundenen weiteren Conſequenzen beſonders feſtzuſtellen und auf empiriſchem Wege zur Erkenntniß zu bringen iſt. Daher können wir als den wahrhaft normalen, allgemein herrſchenden und durchgreifenden Begriff des jus gentium nur das jus commune omnium hominum anerkennen.

Neben dem durch dieſe Begriffsbeſtimmung gegebenen Merkmale, Recht zu ſein, welches gleichmäßig über alle Freien herrſcht, erkennt jedoch die römiſche Rechtstheorie noch andere Criterien an, welche ſie als characteriſtiſch dem jus gentium attribuirt: die Befreiung des Rechtsgeſchäftes nämlich von geſetzlich gegebener Form, wie insbeſondere auch von der Feſſel einer beſtimmten legalen Sprache.

Die Befreiung des Rechtsgeſchäftes von geſetzlich gegebener Form im Allgemeinen wird als Characterzug des jus gentium anerkannt von

Paulus lib. 33. ad Edict. (l. 1. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.):

> Est autem emtio juris gentium, et ideo consensu peragitur; et inter absentes contrahi potest, et per nuntium, et per litteras;

lib. 34. ad Edict. (l. 1. D. loc. 19, 2.):

> Locatio et conductio quum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emtio et venditio;

wie von Gajus Instit. 3, 154.:

> Societas — — consensu contrahitur nudo. Juris enim gentium est societas, quam inire omnes homines naturali ratione possunt;

Vergl. auch Ulpianus lib. 71. ad Edict. (l. 1. §. 2. D. de prec. 43, 26.) in Verbindung mit lib. 1. Inst. (l. 1. §. 1. D. eod.). Dagegen die Freiheit des Rechtsgeſchäftes von beſtimmter legaler Sprache insbeſondere wird in dem jus gentium anerkannt von Ulpianus lib. 48. ad Sabinum (l. 8. §. 4. D. de accept. 46, 4.):

> Hoc jure utimur, ut juris gentium sit acceptilatio. Et ideo puto et graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet: ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών,

womit in genauer Verbindung ſteht, was Ulpian bezüglich der Stipulation bemerkt (l. 1. §. 6. D. de V. O. 45, 1.):

> An alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis latine interrogaverit et respondeatur ei graece, dummodo congruentur respondeatur, obligatio constituta est. Idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad graecum sermonem tantum protrahimus, an vero ad alium, poenum forte, vel assyrum vel cujus alterius linguae, dubitari potest ex (al. et exstat) scriptura Sabini. Sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intelligat, sive per se, sive per verum interpretem;

während wiederum Alledem vollkommen entſprechend iſt, was berichtet

Gajus Inst. 3, 93.:

> Sed haec quidem verborum obligatio: Dari Spondes? Spondeo, propria civium Romanorum est; ceterae vero juris gentium sunt [606]) itaque inter omnes homines, sive cives Romanos, sive peregrinos valent. Et quamvis ad graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo: δώσεις; δάσω· ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ· πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω· ποιήσεις; ποιήσω· etiam hae tamen inter cives Romanos valent, si modo graeci sermonis intellectum habeant. Et e contrario quamvis latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo latini sermonis intellectum habe-

606) So auch Gaj. 3, 119.: — — si — peregrinus spoponderit; vergl. auch 3, 179.

ant; at illa verborum obligatio: Dari Spondes? Spondeo, adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit; quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.

Endlich bemerkt auch bezüglich der fidejussio, welche ebenfalls juris gentium iſt [607]),

Ulpianus lib. 47. ad Sabin. (l. 8. pr. D. de fidej. 46, 1.):

Graece fidejussor ita accipitur: τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, sive βούλομαι; sed et si φημὶ dixerit, pro eo erit atque si dixerit λέγω;

vergl. auch Alexander in l. 12. C. de fidej. 8, 41.:

Blanditus tibi est, qui non teneri te persuasit, quod, quum pro alio intervenires, ὅτιοῦν θέλεις, ποιήσω, dixisti, quum et his verbis obligationem verborum contrahi, pridem receptum sit.

Da wir indeß dem Erſteren jener beiden Criterien lediglich die Bedeutung eines unweſentlichen Merkmales beizumeſſen haben, indem eine geſetzliche Form auch bei Rechtsinſtituten des jus gentium ſich vorfindet, z. B. bei der fidejussio und acceptilatio; die Freiheit des Rechtsgeſchäftes von einer beſtimmten Sprache aber nur als folgemäßiges Merkmal anzuſehen iſt, ſo treten beide Criterien, von unſerem gegenwärtigen Geſichtspunkte aus betrachtet, als unbedeutſam in den Hintergrund zurück gegenüber dem einen principaliter maaßgebenden Merkmale: des jus commune omnium hominum.

607) Nach Gaj. III, 93. cit.

Fünftes Capitel.

Gegenseitiges Verhältniß von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium.

§. 89.

Verhältniß zwischen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium

Nach Marcianus.

A.

In dem Systeme des Aelius Marcianus erscheinen die drei Begriffe: jus naturale, jus gentium und aequum et bonum in vollkommener Selbstständigkeit neben einander, und das jus gentium insbesondere characterisirt sich dabei lediglich als jus commune omnium hominum.

Die Selbstständigkeit von jus naturale und jus gentium insbesondere erhellt daraus, daß in lib. 1. Instit. (§. 11. u. 2. J. de J. N. 1, 2.) jus naturale und jus gentium in ganz verschiedener Weise characterisirt, und demgemäß auch bezüglich ihrer Satzungen ebensowohl im Widerstreite, als in Uebereinstimmung mit einander hingestellt werden. Das Stadium des Widerspruches wird anerkannt in lib. 1. Inst. (§. 2. J. de J. N. 1, 2.):

> (Ex jure gentium sunt) secutae servitutes, quae sunt juri naturali contrariae: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur;

sowie ebendaselbst (l. 2. D. de natal. rest. 40, 11.):

> Illis enim utique natalibus (libertinus, qui servus natus fuerat) restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascebatur, quum servus natus esset,

im Gegensatze zu (l. 5. §. 1. D. de stat. hom. 1, 5.):

> Jure gentium servi nostri fiunt, — — qui ex ancillis nostris nascuntur.

In Uebereinſtimmung erſcheinen jus naturale und jus gentium in lib. 3. Inst. (l. 2. 4. pr. D. de D. R. 1, 8.):

> Quaedam naturali jure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur.
>
> Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa: aër, aqua profluens et mare et per hoc littora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur piscandi causa, dum tamen villis et aedificiis et monumentis abstineatur, quia non sunt juris gentium, sicut et mare.

Das bezüglich des mare hervorgehobene Zuſammentreffen der Merkmale, ebenſowohl res naturali jure omnium communis, als res juris gentium zu ſein, beruht aber in dieſer Stelle auf dem Criterium der communio. Denn da das Weſen des jus gentium darin beſteht, jus omni humano generi commune zu ſein, ſomit aber eine Sache, welche res juris gentium iſt, d. h. cujus usus omni humano generi communis est jure gentium, weſentlich eine res communis omnibus iſt, ſo iſt auch jede Sache, welche naturali jure communis omnium iſt, gleichzeitig juris gentium [608]).

Ohne Beziehung zu einander finden ſich das jus gentium in lib 1. Inst. (l. 15. D. de interd. 48. 22. und l. 17. §. 1. D. de poen. 48, 19.), lib. 3. Regul. (l. 25. D. de praescr. verb. 19, 5. und l. 25. D. de act. rer. am. 25, 2.); das jus naturale in lib. 1. Inst. (§. 11. J. de J. N. 1, 2.) und lib. sing. ad form. hypoth. (l. 49. D. de solut. 46, 3.).

Das aequum et bonum erſcheint ohne alle Beziehung zum jus naturale oder jus gentium, und findet Erwähnung in lib. 5. Regul. (l. 33. D. de adopt. 1, 7. und l. 19. D. de serv. vind. 8, 5.), lib. sing. ad form. hypoth. (l. 8. §. 9. D. quib. mod. pign. 20, 6.), lib. 2. de Apell. (l. un. §. 2. D. de libell. dim. 49, 6.) in den Ausdrücken aequum oder non aequum est; ferner Lib. sing. ad form. hyp. (l. 16. §. 6. D. de pign. vel hyp. 20, 1.) in der Bezeichnung humanius est; endlich in demſ. Lib. sing. ad

608) Auch in dieſer Reflexion tritt ſomit hervor, wie bei Marcian das Merkmal jus commune omnium hominum maaßgebender Begriff für das jus gentium iſt.

form. hyp. (l. 8. §. 8. D. quib. mod. pign. 20, 6.) in dem Ausdrucke iniquissimum est. Dieſer Umſtand, in Verbindung mit der Thatſache, daß weder der Begriff der naturalis aequitas, noch andere, bei der Mehrzahl der übrigen Juriſten ſo häufige Wortverbindungen, die auf eine Gleichſtellung von jus naturale und aequum et bonum hindeuten, bei Marcian ſich vorfinden, läßt aber in der That ſchließen, daß derſelbe in Wahrheit das jus naturale und aequum et bonum gar nicht in eine gegenſeitige innere Verbindung ſetzt.

Entſprechend hiermit erſcheint auch das strictum jus ohne innere Relation zu dem jus civile in Lib. sing. ad form. hyp. (l. 16. §. 6. D. de pign. et hyp. 20, 1.): subtilitas legis; lib. sing. ad S. C. Turpillianum (l. 1. §. 10. D. ad S. C. Turp. 48. 16.): stricta ratio; lib. sing. ad form. hyp. (l. 8. §. 16. D. quib. mod. pign. 20, 6.): subtilitates.

Dagegen fließen andrerſeits die Gegenſätze zum naturale und jus gentium in einem einheitlichen Begriffe des jus civile zuſammen, wofür die Gründe ſich aus dem Nachſtehenden ergeben werden.

B.

Die drei Begriffe des jus naturale, jus gentium und jus civile ſcheint Marcian in Einem Syſteme zuſammengefaßt zu haben, deſſen Spuren uns in lib. 1. Instit. (§. 2. 11. J. de J. N. 1, 2.) entgegentreten. Marcian bringt nämlich hier jene drei Begriffe in eine parallele Stellung, aus der wir folgende logiſche Gruppe reconſtruiren können:

naturalia jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta sunt;

jus gentium, quod omni humano generi commune est, usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae sibi constituerunt;

jura civilia ipsa sibi quaeque civitas constituit.

Alle dieſe drei Begriffsbeſtimmungen vermögen wir in dem uns überlieferten Quellenmateriale mit Sicherheit zu erkennen, und hieraus gewinnen wir das Reſultat, daß Marcianus bei jener Beſtimmung und Ordnung von einem doppelten Geſichtspunkte geleitet ward.

Zunächſt iſt es die Frage nach der letzten Quelle des Rechtes, welche jene Eintheilung beſtimmt. Da hierbei Marcian abweichend von Gajus, Paulus und Ulpianus die Annahme einer dinglichen vernünftigen ordnenden Kraft verwirft, vielmehr dieſe Kraft einem Weſen, als deſſen Vermögen attribuirt, ſo verwandelt ſich bei ihm die Quelle des Rechtes in ein rechtsconſtituirendes Subject. Solcher Potenzen erkennt er drei an: den Deus, der das jus naturale, die gentes humanae, d. i. omnes homines, welche das jus gentium, und die civitas, welche das jus civile conſtituiren.

Dieſe Claſſification erſcheint jedoch fehlerhaft namentlich inſofern, als der einzutheilende Begriff von jus nicht gleichmäßig feſtgehalten iſt, vielmehr unter dem jus naturale die Rechtsmaterie in abstracto und unabhängig von ihrer Verwirklichung als poſitives Recht, bei der Eintheilung von jus gentium und jus civile dagegen lediglich die als poſitives Recht bereits verwirklichte Rechtsmaterie als maaßgebender Begriff in's Auge gefaßt wird. Für dieſen Fehler ergiebt ſich aber die Probe namentlich daraus, daß in Wahrheit das jus naturale theils juris gentium, theils juris civilis iſt.

Sodann concurrirt bei jener Eintheilung in mehr untergeordneter Weiſe auch die Frage nach dem letzten Grunde der Herrſchaft des Rechtes, die in dem Punkte zu Tage tritt, der die Angabe des Rechtsſubjectes enthält. Hiernach ſcheidet ſich das Recht in das jus civile, als dasjenige, welches über die cives allein herrſcht und dies auf Grund der Conſtituirung von Seiten der civitas, wie in das Recht, welches über das omne humanum genus herrſcht, nämlich das jus naturale, welches auf Grund der Anordnung Gottes, und das jus gentium, welches auf Grund der durch den usus exigens und die humanae necessitates hervorgerufenen Conſtituirung durch die geſammte Menſchheit die Letztere beherrſcht.

Endlich für das aequum et bonum und strictum jus vermögen wir eine wiſſenſchaftliche Theorie in den Ueberlieferungen Marcian's nicht zu erkennen.

C.

Als Vertreter des Syſtemes Marcian's dürfen wir Claudius, Tryphoninus und wahrſcheinlich auch Florentinus anſehen, Erſterer wohl ein Vorgänger, Letzterer der Zeitgenoſſe Marcian's.

Denn auch bei Tryphoninus ſtehen die drei maaßgebenden Begriffe des jus naturale, jus gentium und aequum et bonum in vollkommener Selbſtſtändigkeit neben einander, und zwar erſcheinen naturale jus und jus gentium im Widerſtreite mit einander in lib. 7. Disput. (l. 64. D. de cond. indeb. 12, 6), während die Uebereinſtimmung Beider in allgemeinen leitenden Geſichtspunkten der Beurtheilung der Rechtsverhältniſſe hervortritt in lib. 9. Disput. (lib. 31. D. depos. 16, 3.). Ohne Beziehung auf einander erſcheint das jus gentium in lib. 7. Disput. (l. 62. pr. D. de usufr. et quemadm. 7, 1.), das jus naturale in lib. 20. Disput. (l. 28. §. 1. D. de lib. et post. 28, 2.).

Das jus civile wird gleichmäßig dem jus naturale, wie dem jus gentium gegenübergeſtellt in lib. 9. Disput. cit., wozu vergl. lib. 7. Disput. cit. (l. 62. pr. D. de usufr. et quemadm. 7, 1.).

Als vollkommen ſelbſtſtändiger Begriff erſcheint das aequum in lib. 8. Disput. (l. 12. §. 1. D. de distr. pign. 20, 5.): pretium aequius proficeret debitori; lib. 9. Disput. (l. 31. D. depos. 16, 3.), lib. 11. Disput. (l. 78. §. 4. D. de jur. dot. 23, 3.), Notae ad Scaevolae lib. 5. Digest. (l. 80. D. ad S. C. Trebell. 36, 1.): aequitas; lib. 4. Disput. (l. 12. §. 5. D. de capt. 49, 15.): humanitatis ratio. Ferner findet ſich iniquum in lib. 4. Disp. cit. (l. 12. §. 8. 9. D. de capt. 49, 15.). Endlich das strictum jus wird erwähnt in lib. 9. Disput. (l. 67. §. 1. D. de R. N. 23, 2.): strictum jus, wie in lib. 4. Disput. (l. 12. §. 5. D. de capt. 49, 15.): jus subtile.

In gleicher Weiſe wird bei Florentinus zwiſchen dem jus gentium und jus naturale ein Widerſpruch anerkannt in lib. 9. Instit. (l. 4. pr. §. 1. D. de stat. 1, 5.), während das Letztere ſelbſtſtändig erſcheint in lib. 1. Inst. (l. 3. D. de J. et J. 1, 1. [609]), und lib. 6. Inst. (l. 3. D. de D. R. 1, 8. und l. 6. D. de adqu. dom. 41, 1.) [610]). Dagegen fehlt es uns allerdings an jedem Fingerzeig über die Stellung des aequum et bonum zum jus naturale.

609) In Folge der Verbindung, welche dieſe Stelle in Juſtinian erhalten hat, bezieht ſich dieſelbe allerdings auf das jus gentium. Allein ihr Inhalt ſelbſt weiſt darauf hin, daß ſie vom jus naturale handelt.

610) Auch in dieſer letzteren Stelle iſt in Folge der von Tribonian ihr gegebenen Einordnung unter „eodem jure" nur „jure gentium" zu verſtehen. Allein Florentinus behandelte in lib. 6. Inst. gleich Gaj. Inst. 2, 65 sq. die Erwerbsgründe des Eigenthums nach der Scheidung von jus

§. 90.

Verhältniß zwiſchen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium
Nach Paulus.

A.

Nach der Theorie des Julius Paulus treten jus naturale und aequum et bonum in innere Verbindung, während das jus gentium neben Beiden ſelbſtſtändig erſcheint.

In der erſteren Beziehung nämlich beruht nach Paulus das jus naturale auf der aequitas und wird hierdurch zum aequum et bonum, wogegen das jus civile auf die utilitas ſich ſtützt und ſomit zum utile wird, gleichzeitig aber auch als strictum jus ſich offenbart. Dieſe Verbindung erhellt vornämlich aus lib. 14. ad Sabin. (l. 11. D. de J. et J. 1, 1.), wie gleichzeitig auch aus der Begriffsbildung einer naturalis aequitas, welche ſich vorfindet in lib. 16. ad Sabin. (l. 19. pr. D. de capt. 49, 15.) und lib. 71. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de dol. mal. exc. 44, 4.). Daß dagegen andrerſeits das strictum jus, welches genannt wird in lib. 2. Sent. (l. 30. D. de pec. const. 13, 5.), in dem nämlichen Verhältniſſe zum jus civile ſteht, wie das aequum et bonum zum jus naturale, ergiebt ſich nicht allein aus dem Requiſite der Ebenmäßigkeit, ſondern insbeſondere auch daraus, daß die aequitas dem jus civile direct opponirt wird in lib. 41. ad Edict. (l. 6. §. 1. D. de B. P. 37, 1.) und lib. 71. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de dol. mal. exc. 44, 4.).

Dagegen die Selbſtſtändigkeit des jus gentium neben dem jus naturale erhellt aus lib. 33. ad Edict. (l. 34. §. 1. D. de contr. emt. 18, 1.):

> Quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt;

wie aus lib. 34. ad Edict. (l. 1. D. locat. 19, 2.):

> Locatio et conductio, quum naturalis sit et omnium gentium;

und wird auch nicht aufgehoben durch lib. 3. Quaest. (l. 84. §. 1. D. de R. J. 50, 17.):

> Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus,

---

civile und jus naturale, und dieſer letzteren Parthie fallen anheim l. 3. D. de D. R. cit., wie l. 2. 4. 6. 16. D. de acqu. dom. 41, 1.

indem aus dieſer Stelle ein Mehreres ſich nicht ergiebt, als daß diejenigen auf ein Dare gerichteten vertragsmäßigen Obligationen des jus gentium, welche Paulus in jener Stelle in's Auge gefaßt hat[611]), zugleich dem jus naturale überwieſen werden.

Dagegen finden ſich ohne Beziehung zu einander erwähnt das jus gentium in lib. 1. Manual. (fr. Vat. §. 47.); lib. sing. ad S. C. Turpill. (l. 68. D. de R. N. 23, 2.), lib. 21. ad Edict. (l. 23. pr. D. de R. V. 6, 1. und l. 51. D. de contr. emt. 18, 1.), lib. 33. ad Edict. (l. 1. §. 2. D. eod.); dagegen das jus naturale in lib. 35. ad Edict. (l. 14. §. 2. D. de rit. nupt. 23, 2.), lib. 39. ad Edict. (l. 1. §. 3. D. de furt. 47, 2.), lib. 54. ad Edict. (l. 3. §. 5. D. de acqu. poss. 41, 2.), lib. 1. Manual. (l. 83. D. p. soc. 17, 2.), lib 3. ad Sabin. (l. 10. D. de R. J. 50, 17.), lib. sing. de portion. quae liberis damnatorum conceduntur (l. 7. pr. D. de bon. damn. 48, 20.) u. ö.

Bezüglich des Begriffes jus gentium vermögen wir mit Beſtimmtheit nur ſoviel zu erkennen, daß Paulus daſſelbe als jus commune omnium hominum characteriſirt, während rückſichtlich der von Gajus ſtatuirten beiden anderweiten Merkmale wir ohne den erforderlichen Anhalt uns finden.

Ob endlich das jus civile, welches Paulus in lib. 21. ad Edict. (l. 23. pr. D. de R. V. 6, 1.) und lib. 1. Manual. (fr. Vat. §. 47.) dem jus gentium gegenüberſtellt, in eine innere Verbindung geſetzt worden ſei mit jenem jus civile, welches dem jus naturale gegenüber ſteht, dafür fehlen uns allerdings ebenfalls unzweifelhafte Belegſtellen; widerlegt zu werden ſcheint ſolche Annahme durch die reine Gegenüberſtellung von jus naturale und jus civile in lib. 72. ad Edict. (l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1.):

Casum adversamque fortunam exspectari hominis liberi neque civile neque naturale est;

allein dennoch glauben wir jene Verknüpfung ſchließen zu dürfen aus lib. 33. cit. ad Edict. (l. 34. §. 1. D. de contr. emt.

611) Hierunter können ebenſowohl die Realcontracte verſtanden ſein, welche zugleich juris naturalis — ſo z. B. das mutuum nach lib. 3. Quaest. (l. 126. §. 2. D. de V. O. 45, 1.) — und juris gentium ſind, wie auch die Innominatcontracte auf do ut des oder facio ut des, welche ebenfalls gleichzeitig juris naturalis und juris gentium ſind, worüber vergl. Marcian. lib. 8. Regul. (l. 25. D. de praescr. verb. 19, 5.) und Ulpianus lib. 4. ad Edict. (l. 1. §. 2. jcto pr. D. de pact. 2, 14.).

18, 1.), wo natura, d. i. jus naturale, gentium jus und mores civitatis, d. i. jus civile die Glieder Einer Begriffsreihe bilden, wie auch aus lib. 14. ad Sabin. (l. 11. D. de J. et J. 1, 1.) ſelbſt, da hier das dem jus naturale gegenübergeſtellte Recht, indem es als jus omnibus aut pluribus in quaque civitate utile bezeichnet wird, in dem Zuſatze in quaque civitate ein Merkmal attribuirt erhält, welches die Beſchränkung der Herrſchaft dieſes jus civile über die Bürger der betreffenden civitas in ſich ſchließt.

Dieſes jus civile ſelbſt wird ſodann anderweit zerlegt in das utile omnibus, d. i. jus commune, und das utile pluribus, d. i. jus singulare, von denen das letztere in lib, sing. de jur. sing. (l. 16. D. de leg. 1, 3.) dahin definirt wird:

Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.

Das in dieſer Definition wiederkehrende Merkmal der utilatas hat ſomit das jus singulare mit dem jus commune gemein, während die Verſchiedenheit beider darin zu erblicken iſt, daß das Letztere aus den Anforderungen der ratio civilis hervorgegangen iſt, während das Erſtere ſolcher ratio widerſpricht und nur auf die auctoritas des legislatoriſchen Willens ſich ſtützt.

B.

Die Grundelemente dieſer Theorie des Paulus ſind gegeben durch die Forſchung nach der letzten Quelle des Rechtsſtoffes, als welche Paulus einerſeits eine naturalis ratio, andrerſeits aber zweifelsohne eine civilis ratio anerkennt. Aus ſolcher ratio geht dort das jus naturale, hier das jus civile hervor.

An ſich unabhängig von dieſem Reſultate bewegt ſich die Speculation des Paulus auch nach der anderen Richtung, welche die Erkenntniß des leitenden Principes des Rechtes und ſomit deſſen allgemeine qualitative Weſenheit als Ziel ſich vorſteckt. Hier erkennt Paulus ein doppeltes Princip: aequitas und utilitas oder rigor, und dem entſprechend ein zwiefältig qualificirtes Recht: das semper aequum et bonum und das jus utile oder jus strictum.

Beide Kreiſe der Speculation werden nun mit einander in eine Verbindung geſetzt in der Weiſe, daß das jus naturale mit dem semper aequum et bonum, das jus civile mit dem jus utile oder strictum für congruent erklärt werden.

Endlich wird aber mit jener zweieinigen Eintheilung auch der Gegenſatz des jus gentium und jus civile in Verbindung geſetzt, indem dieſes letztere jus civile mit jenem jus civile oder utile verknüpft wird. Hierdurch gewinnt das jus civile einen doppelten Gegenſatz: nach der einen Seite hin zum jus naturale, beſtimmt durch das Merkmal des „utile“; nach der andern Seite hin zum jus gentium, bedingt durch das Merkmal des „in quaque civitate.“

Abgeſehen nun davon, daß eine derartige Combination der Begriffsreihen an ſich als reine Willkührlichkeit erſcheint, und dies um ſo mehr, weil der eingetheilte Begriff des jus ſelbſt ein verſchiedener iſt, und das eine Mal die geſammte Rechtsmaterie an ſich und abgeſehen von ihrer Verwirklichung als poſitives Recht, das andere Mal nur das wahre, wirkliche Recht repräſentirt, ſo entſpricht auch jene Verbindung keineswegs der Wahrheit, da z. B. auch das jus civile im Gegenſatze zum jus gentium Elemente enthält, welche dem semper aequum et bonum anheimfallen, wie das Erbrecht der leiblichen Kinder.

Endlich außerhalb jener Verbindung von semper aequum et bonum und jus naturale ſteht dasjenige Recht, welches nicht in jener durch den Zuſatz von semper bezeichneten abſoluten Modalität, ſondern nur relativer Weiſe ein aequum et bonum iſt, worüber vergl. §. 69. fin.

C.

Als Vorgänger des Paulus in jener Theorie ſcheint Aemilius Papinianus angeſehen werden zu müſſen. Auch bei ihm finden wir das jus naturale und aequum et bonum in der innigſten Verbindung, wie dies erhellt aus lib. 28. Quaest. (l. 95. §. 4. D. de solut. 46, 3.):

> Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita iusto pacto vel jurejurando ipso jure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur;

während dagegen das jus gentium einerſeits in lib. 10. Respons. (l. 45. pr. D. de usurp. 41, 3.), lib. 12. Respons. (l. 29. §. 2. D. de donat. 39, 5.), lib. 36. Quaest. (l. 38. §. 2. D. ad l. Jul. de adult. 48, 5.), und das jus naturale andrerſeits in lib. 12. Quaest. bei Ulpianus lib. 40. ad Edict. (l. 8. §. 7. D. de B. P.

c. tab. 37, 4.), lib. 18. Quaest. (l. 25. §. 1. D. quando dies leg. 36, 2.) u. ö. unabhängig von einander erſcheinen.

Ebenſo verbindet Sextus Pomponius das aequum et bonum mit dem jus naturale, wie aus den Bezeichnungen: jure naturae aequum in lib. 9. ex var. lection. (l. 206. D. de R. J. 50, 17.) und natura aequum in lib. 21. ad Sabin. (l. 14. D. de cond. ind. 12, 6.) erhellt, wogegen über die Stellung des jus naturale zum gentium eine beſtimmte Anſicht ſich nicht gewinnen läßt, da ſelbſt lib. sing. Enchiridii (l. 2. D. de J. et J. 1. 1.) hierfür keinerlei Anhalt gewährt, indem dieſe Stelle wahrſcheinlich von dem jus naturale handelt und nur in Folge der von Tribonian ihr gegebenen Einordnung eine Beziehung auf das jus gentium erlangt hat.

§. 91.

Verhältniß zwiſchen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium

Nach Gajus.

A.

Bei Gajus gewinnt das jus gentium drei Merkmale: als jus commune omnium hominum, jus quo omnes gentes utuntur und jus quod naturalis ratio constituit, vergl. §. 79—82. Auf dem Letzten derſelben beruht die Identität von jus gentium und jus naturale, während andrerſeits die Gegenſätze Beider in einen einheitlichen Begriff des jus civile zuſammenfallen; vergl. §. 83.

Gleichzeitig wird aber auch das jus naturale mit dem aequum et bonum verknüpft, wie ſich dies theils aus der Bezeichnung naturalis aequitas ergiebt, welche ſich vorfindet in lib. 16. ad Edict. prov. (l. 2. D. unde cogn. 38, 8.) und lib. 2. Aureor. (l. 9. §. 3. D. de acqu. dom. 41, 1.), theils aus lib. 4. ad Edict. prov. (l. 8. D. de cap. min. 4, 5.), indem hier die nämliche Erſcheinung gleichmäßig auf das doppelte Argument: quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest und quia in bonum et aequum concepta est actio zurückgeführt wird; vergl. §. 69.

Andrerſeits wird auch das jus civile und strictum in Inst. 3, 18—24., wie auch die iniquitas mit dem jus civile in Inst. 3, 25. in Verbindung mit §. 18—24. identificirt und dem entſprechend die aequitas in den Gegenſatz zum jus civile geſtellt in lib. 16. ad Edict. prov. (l. 2. D. unde cogn. 38, 8.).

Aus dieſer doppelten Combination von jus naturale, jus gentium und aequum et bonum, und ihrer gemeinſchaftlichen Gegenüberſtellung zum jus civile folgt daher auch die Identität von jus gentium und aequum et bonum, wie andrerſeits der entſprechenden beiden Gegenſätze von jus civile und strictum jus, und dieſe erhellt auch aus lib. 2. Aureor. (l. 9. §. 3. D. de acqu. dom. 41, 1.):

Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem etc.

B.

Der Schwerpunkt der Theorie des Gajus liegt innerhalb der Sphäre der Forſchung nach der letzten Quelle der Rechtsmaterie, als deren Reſultat ein jus naturale und jus civile erkannt wird.

Dieſe Elemente werden hereingezogen in das Gebiet der Speculation über den letzten Grund der Herrſchaft des Geſetzes, welche ſelbſt von den gegebenen Gegenſätzen des jus civile und jus gentium ausgeht.

Das Product dieſer Verbindung iſt die Identificirung von jus naturale und jus gentium, wie der entſprechenden beiden Gegenſätze von jus civile.

Ohne daß nun in dieſem Syſteme dem Weſen der Gegenſätze von aequum et bonum und strictum jus, wie der Stellung derſelben gegenüber dem jus naturale und jus civile eine beſondere wiſſenſchaftliche Betrachtung zu Theil geworden zu ſein ſcheint, treten dennoch beide Paare der Gegenſätze von ſelbſt in eine innere Verbindung mit einander, da beide in Wahrheit die nämliche Sphäre umfaſſen.

Die großen Mängel, an denen jene Theorie in der Verknüpfung von jus naturale und jus gentium leidet, ſind bereits in §. 84. dargelegt worden. Sie laſſen jene Verbindung als eine erkünſtelte und unwahre erſcheinen und hieraus erklärt ſich auch, daß Gajus ſelbſt die behauptete Identität beider Rechtscomplexe conſequent feſtzuhalten und durchzuführen nicht vermocht hat; §. 60. Hierdurch bedingt, erſcheint auch die Identificirung von jus gentium und aequum et bonum als willkührliche, indem, wie wenig wir auch einen höheren Grad der Verwandtſchaft zwiſchen Beiden verkennen, dennoch eine vollkommene Gleichheit

nicht obwaltet, da einestheils einzelne Inſtitute des jus gentium keines von den Merkmalen an ſich tragen, welche eine Unterordnung derſelben unter das aequum et bonum begründen, wie z. B. die Stipulation; andrerſeits aber einzelne Partheien des jus civile ganz unzweifelhaft der aequitas ſich unterordnen, wie z. B. das auf das S. C. Orphitianum, Tertullianum und Edictum unde liberi geſtützte Erbrecht.

§. 92.

Verhältniß zwiſchen jus naturale, aequum et bonum und jus gentium

Nach Ulpianus.

A.

Domitius Ulpianus ſtellt in lib. 1. Inst. (l. 1. §. 2—4. l. 6. pr. D. de J. et J. 1, 1.) folgende Sätze auf:

Privatum jus tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. — — Videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri.

Jus gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere inde facile intelligere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est.

Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit; itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est civile efficimus.

Dieſe Stelle ergiebt zunächſt zwei Oberbegriffe, den des jus commune, der in lib. 4. ad Edict. (l. 7. §. 16. D. de pact. 2, 14.) wiederkehrt, und den des jus proprium. Das Letztere beruht auf einer lex specialis, die in lib. 27. ad Sabin. (l. 24. D. de stat. hom. 1, 5.) genannt wird, während das Erſtere entſprechender Maaßen auf der lex communis beruht, obgleich dieſer Ausdruck in den uns überlieferten Bruchſtücken von Ulpian's Werken ſich nicht vorfindet.

Das jus commune zerfällt wiederum in zwei Theile: das jus gentium, quo gentes humanae untuntur, und das jus naturale, quod natura omnia animalia docuit.

Dagegen das jus proprium umfaßt lediglich das jus civile.

Dieſes Syſtem erſchöpft indeß noch nicht den Kreis der hierher gehörigen maaßgebenden Begriffe, welche bei Ulpian uns entgegentreten, indem wir vielmehr in deſſen Werken in ganz unverkennbaren Anzeichen die Spuren eines jus naturale vorfinden, welches nicht unter den Begriff des jus, quod natura omnia animalia docuit, fällt, vielmehr als ein die menſchlichen Verhältniſſen ausſchließlich betreffendes Recht ſich darſtellt (vergl. §. 57.).

Hierdurch bedingt, gewinnen wir nun bei Ulpian ein doppeltes jus naturale, das allen lebenden Geſchöpfen und das nur den Menſchen gemeinſame jus naturale, und, wenn wir nun fragen, welche Stellung wir dem Letzteren gegenüber dem obigen Syſteme anzuweiſen haben, ſo erkennen wir demſelben im Sinne des Ulpian die nämliche Gleichſtellung mit dem jus gentium zu, in welchem wir die entſprechenden beiden Begriffe bereits bei Gajus vorfanden. Für dieſe Annahme ergeben ſich aber bei Ulpian folgende Anhaltepunkte:

In lib. 4. ad Edict. theilt Ulpian die juris gentium conventiones in ſolche, welche eine Klage, und in ſolche, die lediglich eine Exception erzeugen, (l. 7. pr. D. de pact. 2, 14.); indem nun Ulpian die Erſteren als civiles obligationes bezeichnet (l. 7. §. 2. D. cit.), als deren Gegenſatz aber die naturales obligationes hinſtellt, wie z. B. lib. 46. ad Sabin. (l. 1. D. de novat. 46, 2.), lib. 7. Disput. (l. 14. D. de O. et A. 44, 7.), ſo fallen nun jene klagloſen conventiones juris gentium, zu denen insbeſondere die nuda pacta gerechnet werden (l. 7. §. 4. D. cit.), unter den durch die Bezeichnung obligationes civiles gegebenen Gegenſatz der obligationes naturales und werden ſomit gleichzeitig dem jus gentium, wie dem jus naturale überwieſen. Das geſammte Obligationenrecht fällt aber lediglich dem den Menſchen eigenen jus naturale anheim (vergl. §. 57.), daher in obiger Verbindung gerade dieſer letztere Begriff maaßgebend iſt.

Ferner überweiſt Ulpian das precarium dem jus gentium in lib. 1. Instit. (l. 1. §. 1. D. de prec. 43, 26.):

Quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit;

wie gleichzeitig dem jus naturale in lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. eod.):

Est — natura aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutavero voluntatem.

Endlich iſt jene Gleichſtellung des den Menſchen eigenthümlichen jus naturale mit dem jus gentium als nothwendige Vorausſetzung anzuerkennen von lib. 48. ad Sabin. (l. 3. §. 4. D. de acceptil. 46, 4., wozu vergl. §. 80.), indem Ulpian daſelbſt dem Sclaven die Rechtsfähigkeit bezüglich der acceptilatio um deßwillen zuſpricht, weil dieſe juris gentium iſt. Während ſonach das allen animalia gemeinſame jus naturale einen für ſich beſtehenden, ſelbſtſtändigen Rechtscomplex bildet, fällt das den Menſchen ausſchließlich eigene jus naturale mit dem jus gentium zuſammen, daher ſich das Letztere ebenſowohl als jus commune omnium hominum, wie als jus quod naturalis ratio inter homines constituit characteriſirt, wogegen, was das von Gajus aufgeſtellte Merkmal des jus, quo omnes gentes utuntur betrifft, aus mehrfachen Rückſichten ſich als unwahrſcheinlich darſtellt, daß in der von Ulpian gewählten Nominaldefinition: jus quo gentes humanae utuntur deſſen Anerkennung ausgeſprochen iſt (§. 81.).

Endlich das aequum et bonum wird von Ulpian mit dem jus naturale gleichgeſtellt, wie dies aus der Bezeichnung natura aequum in lib. 29. ad Edict. (l. 11. §. 2. D. de pec. 15, 1.) und lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.) und aus der Begriffsbildung von naturalis aequitas erhellt, ſo in lib. 12. ad Sabin. (l. 1. §. 4. D. de suis et leg. 38, 16.), lib. 4. ad Edict. (l. 1. pr. D. de pact. 2, 14.), lib. 11. ad Edict. (l. 1. pr. D. de minor. 4, 4.), lib. 26. ad Edict. (l. 3. §. 7. D. de cond. c. d. 12, 4.), lib. 27. ad Edict. (l. 1. pr. D. de pec. const. 13, 5.), lib. 40. ad Edict. (l. 1. pr. D. de leg. praest. 37, 5.), lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.), und hierbei erſcheint das jus naturale in der weiteſten Bedeutung, indem die aequitas in dem Erſten der ihr untergeordneten Principien (§. 66) mit dem allen animalia gemeinſamen, in dem zweiten, dritten und vierten Principe dagegen mit dem den Menſchen ausſchließlich eigenen jus naturale zuſammenfällt, daher durch dieſes Mittelglied das aequum et bonum auch mit dem jus gentium in Verbindung tritt, ſo in lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.) und lib. 1. Instit. (l. 1. §. 1. D. eod.).

Dagegen das strictum jus fällt entsprechender Maaßen mit dem jus civile zusammen.

B.

Die Theorie des Ulpian beruht auf einem doppelten Gesichtspunkte, und zwar zunächst auf der Speculation über die letzte Quelle der Rechtsmaterie. Diese führte den Ulpian, wie die übrigen Juristen zur Annahme einer doppelten Materie: eines jus naturale, hervorgegangen aus der naturalis ratio, und eines jus civile, geboten durch die civilis ratio. Indem nun Ulpian, dem von Pythagoras ausgegangenen Dogma beitretend, die Empfänglichkeit für das Erstere den omnia animalia beilegt, vermag derselbe dennoch von der in der Doctrin seiner Zeit allgemein herrschenden Vorstellung eines den Menschen insbesondere gemeinsamen jus naturale sich nicht frei zu halten, vielmehr gestattet er dieser Vorstellung einen Einfluß auf seine eigene Behandlung der einschlagenden Lehre. Hierdurch wird eine Verschiedenheit in die Materie seines jus naturale hineingetragen, die entweder beim Mangel wissenschaftlichen Besinnens seiner eigenen Wahrnehmung sich entzieht, oder in das Bewußtsein eintritt und nun in der Weise theoretisch fundirt wird, daß das den animalia gemeinsame jus naturale auf den appetitus, das den homines besondere jus naturale auf die ratio zurückgeführt wird (§. 56, 57).

Neben dieser Speculation faßt Ulpian die historisch gegebenen Gegensätze von jus gentium und jus civile mit Rücksicht auf die Herrschaft des Gesetzes über das Subject in's Auge und erkennt hier, daß das Erstere über omnes homines, das Letztere über die cives allein herrscht. Festhaltend nun an diesem Gesichtspunkte zieht er nun auch die Sphäre des wesentlich verschiedenen Gegensatzes von jus naturale und jus civile in diese Betrachtung mit herein, und indem er nun dieses doppelte jus civile ohne Weiteres identificirt, erkennt er in dem den animalia gemeinsamen jus naturale einen Rechtscomplex mit einem neuen Rechtssubjecte an, setzt dieses in seiner Theorie in einen Parallelismus mit dem jus gentium und jus civile und gelangt so zu der Begriffsreihe von jus naturale, jus gentium und jus civile, welcher gegenüber nunmehr das den Menschen besondere jus naturale nothwendiger Weise mit dem jus gentium

in dem Begriffe des jus commune omnium hominum coincidiren muß.

Dem aequum et bonum und jus strictum endlich wird eine theoretische Einordnung in jenes System wahrscheinlich nicht zu Theil, vielmehr gewinnen jene die ihnen zukommende Stellung gegenüber dem Letzteren erst im Verlaufe der practischen Anwendung, wie der concreten Behandlung des Begriffes.

So enthält das System des Ulpian, abgesehen davon, daß auch hier der Ausdruck jus eine doppelte Bedeutung birgt, sowie daß der Begriff des den Thieren gemeinen Rechtes ein Unding ist, den Fehler, daß Ulpian die Glieder wesentlich verschiedener Eintheilungen zu einer Begriffsreihe verbindet; während andrerseits ihn der Vorwurf trifft, von diesem Systeme vielfältig selbst abgewichen zu sein, und diesfalls alle die Fehler begangen zu haben, welche wir bereits bei Gajus rügten.

§. 93.

Resultat.

Die Gesammtheit der von uns in Betracht gezogenen maaßgebenden Begriffe, welche die Jurisprudenz der gegenwärtigen Periode wissenschaftlich verarbeitete, umschließt zwiefältig ein doppeltes Element: ein speculatives, welches, durch die Begriffe des jus naturale und des aequum et bonum repräsentirt, dort als Product der philosophischen, hier der vulgären Speculation erscheint, sowie andrerseits ein auf historischer Grundlage beruhendes Element, welches in den Begriffen des jus gentium und jus commune omnium gentium seine Vertretung findet, und dort als rein historisch gegebene Schöpfung, hier als Product einer Abstraction aus den verschiedenen historisch gegebenen Volksrechten sich darstellt. Diese vier Elemente werden mit einander in eine unmittelbare Berührung gesetzt, ja einem Verbindungsprocesse unterworfen, der theilweis zu einer stofflichen Verschmelzung führt und eine Verwandelung der verschiedenen Materien selbst zur Folge hat.

Dieses Sachverhältniß erheischt von der historischen Forschung zunächst die Beantwortung der Fragen, worin das Wesen jener Elemente besteht, und von welcher Beschaffenheit die Verbindung derselben mit einander ist. Die Antwort hierauf

haben wir theils gegeben, theils muß ſie den folgenden Theilen überlaſſen bleiben. Ebenſo kann die weitere Erwägung des Einfluſſes, den in Folge jener Verbindung das ſpeculative Element auf das hiſtoriſche ausübte, nicht hier zur Erledigung gebracht werden. Vielmehr fällt unſerer gegenwärtigen Unterſuchung nur der Punkt anheim, im großen Ganzen den Gang uns zu vergegenwärtigen, den die philoſophiſche Speculation der römiſchen Juriſten einſchlug, und den Einfluß in Betracht zu ziehen, den jene Verbindung auf dieſe Speculation ſelbſt ausübte. Hiermit gewinnen wir das gegenwärtig zu erforſchende Geſammtreſultat der wiſſenſchaftlichen Beſtrebungen der gegenwärtigen Periode, inſoweit wir dieſelben in ihren ſimultanen Verhältniſſen in's Auge faſſen. Da jedoch unſere Aufgabe zugleich eine hiſtoriſche iſt, ſo wendet ſich unſer Blick rückwärts zu den Punkten, welche als Reſultate die Rechtsphiloſophie Griechenlands und Cicero's abſchloſſen, um uns der ſucceſſiven Veränderungen bewußt zu werden, welche in jenem Gange der Speculation ſich uns offenbaren.

Die allgemeinen Momente, auf denen die Verſchiedenheit in dem Gange der Speculation der Philoſophie einerſeits und der Jurisprudenz andrerſeits im großen Ganzen beruht, laſſen ſich auf folgende vier Differenzpunkte zurückführen:

Zunächſt ſind die zur Beantwortung aufgeſtellten rechtsphiloſophiſchen Probleme theilweis andere geworden; denn neben die von der griechiſchen Philoſophie bereits aufgeworfenen Fragen: Was iſt das Recht? Woher ſtammt das Recht? und Wer iſt das Rechtsſubject? treten nunmehr ſelbſtſtändig die weiteren Fragen: Worauf beruht die verbindliche Kraft des Rechtes? und Welches ſind die allgemeinſten leitenden Principien des Rechtes? Dieſe fünf Fragen ſind es, welche nunmehr den Gang der Speculation ſelbſtſtändig beſtimmen und nach einer theilweis neuen Richtung wenden.

Sodann erleidet der zu beſtimmende Begriff ſelbſt, um welchen herum jene Fragen ſich concentriren, eine Veränderung: nur in untergeordneter Maaße und nur theilweiſe werden bezüglich des Rechtes im Allgemeinen jene Fragen geſtellt und erledigt; vielmehr tritt an die Stelle des einheitlichen Rechtsbegriffes als der Mittelpunkt der Probleme eine zwiefältige, der

Jurisprudenz bereits überlieferte Classification des Rechtes in dem jus naturale und jus civile, und in dem jus gentium und jus civile. Um beide Begriffspaare gruppiren sich nun vornämlich jene fünf Fragen, weniger aber unmittelbar um den Begriff des Rechtes im Allgemeinen.

Nicht minder wird der für die Untersuchung maaßgebende Bestandtheil des Begriffes innerhalb des ersten Problemes ein anderer: an die Stelle des Inhaltes des Begriffes tritt dessen Umfang, somit der Inhalt des Rechtes selbst, als das die Bewegung der Untersuchung maaßgebend bestimmende Centrum; hiermit werden zugleich die Denkformen, auf welche die Untersuchungen sich zuspitzen, andere: die logisch systematische Form der Definition erscheint nicht mehr als der Endpunkt der Erörterung.

Endlich wird der Umfang des Begriffes weniger in der hierfür gegebenen logisch-systematischen Form der Eintheilung, als vielmehr in einer Summe von Urtheilen dargelegt: der Inhalt des Rechtes wird weniger unter allgemeine leitende, nach logischer Regel gewählte Gesichtspunkte concentrirt, von hier abwärts nach weiteren Unterabtheilungen classificirt, und so in ein wohlgegliedertes und durchgeführtes System gebracht und nach solchem methodisch verarbeitet, als vielmehr überwiegend nach seinen besonderen Erscheinungsformen aufgefaßt und ohne Weiteres in seinen Einzelheiten behandelt.

Indem wir nun diese Veränderungen im Gange der Speculation im Einzelnen verfolgen und hierbei das unserer Untersuchung bisher im Allgemeinen fremd gebliebene erste Problem der besseren Orientirung willen in den Kreis unserer Reflexion mit hereinziehen, so fassen wir zunächst die Beziehung der obigen Probleme zum Rechte im Allgemeinen in's Auge und erkennen hier, daß in Bezug auf dieses nur die drei Fragen: Was ist das Recht? Welches ist der Grund der verbindlichen Kraft des Rechtes? und Welches sind die Principien des Rechtes? gestellt wurden. Die Zweite dieser Fragen kehrt jedoch bestimmter wieder bei der Lehre vom jus naturale, jus gentium und jus civile und findet hier eine ausführlichere Behandlung, daher wir dieselbe nach §. 94 verweisen; dagegen hinsichtlich der anderen beiden Fragen ist es nur Ulpian und resp. Celsus, von welchen

eine beſonders formulirte Antwort darauf uns überliefert iſt, theils in den Definitionen:

jus est ars boni et aequi; Celsus bei Ulpian. lib. 1. Instit. (l. 1. pr. D. de J. et J. 1, 1.), wozu Ulpian. ſelbſt l. c. (l. 1. §. 1. D. cit.);

justitia est constans et perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi; Ulpian. lib. 1. Regul. (l. 10. pr. D. de J. et J. 1, 1.); wozu vergl. Tryphonin. l. 9. Disput. (l. 31. §. 1. D. depos. 16. 3.): justitia, quae suum cuique tribuit und jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia; ebendaſ. (l. 10. §. 2. D. cit.);

ſowie anderntheils durch Aufſtellung der juris praecepta:

honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere; ebendaſ. (l. 10. §. 1. D. cit.).

Alle dieſe Reſultate vermögen jedoch in keiner Weiſe Anſpruch auf irgend welche höhere Bedeutung zu erheben, vielmehr iſt die Definition des Celſus vom jus, vielleicht influirt vom καλὸν καὶ δίκαιον der Stoiker, vollkommen vag und unbeſtimmt, während die Definition von der justitia nur das ἀπονεμητικὸν τῆς ἀξίας ἑκάστῳ, die von der jurisprudentia im Weſentlichen nur die Definition der Stoiker von der φιλοσοφία reproducirt (vergl. §. 27. 28.). Dagegen von den tria praecepta laſſen ſich die letzteren beiden bereits bei Cicero als Rechtsvorſchriften nachweiſen (§. 38), gehören aber zweifelsohne bereits früheren Stoikern an, während das honeste vivere die von Cicero den Stoikern nachgebildete Grundformel iſt, welche die Geſammtheit der ethiſchen Pflichten repräſentirt, im Munde Ulpian's aber eine bei Weitem beſchränktere Beziehung annimmt (§. 27, 37, 64 bei Note 518).

Sehen wir indeß ab von dieſen unbeachtlichen Reſultaten, die Leiſtungen der römiſchen Jurisprudenz im großen Ganzen für die Erforſchung des Weſens des Rechtes in's Auge faſſend, ſo haben wir zuzugeſtehen, wie in dieſer Beziehung dieſelbe durchaus nichts Neues, noch Erhebliches geleiſtet hat: wir begegnen vielmehr nicht einer einzigen, irgendwie nennenswerthen neuen Ideencombination.

Was insbeſondere die Abgränzung des Rechtes nach Außen hin gegen die übrigen Theile der Ethik betrifft, ſo bleibt auch

Seitens der röm. Juriſten dieſe Frage unerledigt, und weder finden wir die Spuren einer derartigen Gränzbeſtimmung, noch auch ſind wir befugt, der römiſchen Jurisprudenz die Fähigkeit dafür beizumeſſen (vergl. §. 64). Allein indem die römiſchen Juriſten hierin auf das ſogenannte natürliche Gefühl angewieſen waren, auf jene zur Klarheit der Erkenntniß noch nicht verarbeitete dunkle und unbeſtimmte Vorſtellung, die bei der concreten Anſchauung den nach Inhalt und Umfang wohl erkannten und gewußten allgemeinen Begriff ſo häufig vollſtändig erſetzt; je mehr, ſagen wir, die römiſchen Juriſten bei ihren wiſſenſchaftlichen Operationen auf dieſes natürliche Gefühl allein ſich ſtützten, um ſo ſicherer leitete ſie inmitten der allgemeinen Irrthümer ihr mit Recht geprieſener Tact, jene Gränzlinie zwiſchen Moral und Recht feſten Fußes inne zu halten, und ſo bei ihrer detaillirenden Entwickelung des abſoluten Rechtes jene Scheidung beider Elemente zu bewerkſtelligen, welche die philoſophiſche Theorie vergeblich angeſtrebt hatte, an der die auf das Practiſche gerichteten Verſuche der ſpäteren Stoiker, wie eines Cicero geſcheitert waren (vergl. §. 31, 40).

Bezüglich der Merkmale des Rechtes, ſo wird daſſelbe, wie bereits von den Stoikern und Cicero, als ordnende Norm anerkannt, im Uebrigen aber verleitet der Vorgang der Philoſophie und das mit dieſer gemeinſame Gebrechen des Verkennens der formalen Pertinenz des Rechtes, wie ſeines Ausganges von der Staatsgewalt, die Möglichkeit einer rein ideellen, unformalen Exiſtenz des Rechtes zu ſtatuiren (vergl. §. 32, 40, 64). Dieſer Irrthum, der auf einem Verkennen des Unterſchiedes von Recht und Rechtsmaterie beruht, wirkte insbeſondere beſtimmend auf den Begriff des jus naturale ein, und die hiermit genommene falſche Wendung hat fortgewirkt bis auf die neueſte Zeit und hat noch die erleuchtetſten Geiſter der modernen Wiſſenſchaft zu verderblichem Irrthume verleitet.

Dagegen haben die römiſchen Juriſten für Darlegung der Satzungen des Rechtes Unübertroffenes geleiſtet, indem ſie das höchſte und abſolute Geſetz des Rechtes in einem hohen Grade von Reinheit erſchauten und als wahres und wirkliches Recht darlegten und realiſirten. Allein auch dieſe Wirkſamkeit der römiſchen Juriſten ſteht in der innigſten Beziehung zu der Lehre

vom jus naturale, daher ſie weit mehr dem folgenden Paragraphen anheimfällt.

§. 94.

Fortſetzung.

(Reſultat.)

Die höchſte und wichtigſte Bedeutung gewinnen die in §. 93 aufgeführten fünf Probleme in ihrer Beziehung auf die gegebenen zwei Begriffspaare des jus gentium und jus civile, wie des jus naturale und jus civile, erſteres durch die hiſtoriſche Rechtsbildung, letzteres durch die Philoſophie als ein gegebener Stoff der Jurisprudenz überliefert.

In Bezug auf beide Begriffsgruppen nun finden wir das erſte Problem: Was iſt das Recht? von allen den vier Juriſten behandelt, welche wir als die Vertreter der römiſchen Jurisprudenz bezüglich der von uns erörterten Lehren anerkannt haben. Als die gegebenen grundweſentlichen Begriffsmerkmale werden überliefert bezüglich des jus gentium die Beſtimmung als jus commune omnium hominum, bezüglich des jus naturale Seitens Cicero's und der Stoiker die Beſtimmung als jus quod ratio d. i. Gott oder die natura constituit. Indem nun mehrſeitig die ratio oder natura in eine naturalis ratio verwandelt wird, ſo wird hiermit der nämliche Grundgedanke, obwohl in einer von der Philoſophie weſentlich abweichenden Modalität ausgeführt, von den verſchiedenen Juriſten ſelbſt aber in einzelnen Punkten verſchieden behandelt (einerſeits Marcian, andrerſeits Gajus, Paulus, Ulpianus; §. 53—57). Hierüber führt die Behandlung dieſes Problemes auch in ſofern zu einer verſchiedenen Beantwortung, als von einigen Seiten theils ein neues ſpeculatives Element: das aequum et bonum, theils ein neues hiſtoriſch gegebenes Element: das jus commune omnium gentium in den Kreis der behandelten Begriffe hereingezogen wird. Das jus gentium und jus naturale an ſich werden ſelbſtſtändig und in ihrer urſprünglichen Geſchiedenheit behandelt von Marcianus und Paulus; dagegen wird das jus naturale von dem Letzteren theoretiſch in eine innere Verbindung geſetzt mit dem aequum et bonum. Hinwiederum identificirt werden jus gentium und jus naturale von Gajus, ſowie, mit einer gewiſſen Diſtinction bezüglich des letzteren Rechtsbegriffes, von Ulpian.

und gleichzeitig werden jene Rechtsmaterien auch von Beiden practisch in Verbindung gesetzt mit dem aequum et bonum. Daneben wird von Gajus der Begriff des jus commune omnium gentium dem jus gentium attribuirt, während bei Marcian und Ulpian diese weiteren Verbindungen der Begriffe unwahrscheinlich, bei Paulus unbestimmbar erscheinen.

Endlich der an sich zwiefältige Begriff des jus civile wird ganz allgemein identificirt, auch von denjenigen Juristen, welche das jus gentium und jus naturale unterscheiden.

Dagegen die Erörterung des Umfanges dieser Begriffe erhebt sich zum Schwerpunkte der gesammten Bestrebungen der römischen Juristen, erfolgt jedoch weniger in logisch systematischer Form, als vielmehr überwiegend in freier Darlegung der einzelnen Satzungen und Institute, gleichzeitig aber auch nicht in abstracten Sätzen, als vielmehr unter Entwickelung der concreten Erscheinungsformen. Daher fehlt es an einer systematischen Darlegung der abstracten Rechtsprincipien; allein dennoch treten solche deutlich wahrnehmbar hervor in der großen Masse eines meisterhaft verarbeiteten Stoffes (§. 61).

So vereinigt das von der römischen Jurisprudenz gegebene Resultat der Lösung dieses Problemes die stärksten Gegensätze: die gröbsten Denkfehler bei Construction des logischen Begriffes; eine vollendete schöpferische Thätigkeit bei Darlegung der Rechtssätze selbst; die Gründe aber dieser letzteren Erscheinung fallen der Erörterung des folgenden Paragraphen anheim.

Das zweite Problem: Woher stammt das Recht? finden wir bei allen vier genannten Juristen, und es führt dasselbe zu dem doppelten Satze: das jus naturale geht aus von der naturalis ratio (Gajus, Paulus, Ulpianus) oder von Gott (Marcianus. — §. 53—57); das jus gentium dagegen erscheint als Product der rechtserzeugenden Thätigkeit der societas humana d. i. des Menschengeschlechtes: der humanae gentes oder des humanum genus, welches selbst wieder sowohl als ein aus natürlichen, durch Stammverwandtschaft gegebenen Theilen, den Völkerschaften, bestehendes Ganze (Marcian), oder als Inbegriff von Staaten, als politischen Theilen aufgefaßt wird (Gajus. — §. 87).

Je nachdem nun jus naturale und jus gentium in Selbst-

ſtändigkeit neben einander anerkannt, oder aber identificirt werden, bleiben die obigen Reſultate unabhängig von einander oder werden zu Einer Vorſtellungsgruppe mit einander verknüpft in der Weiſe, daß das Hervorgehen des Rechtes aus der naturalis ratio für die potentiell, wie actuell nothwendige und wahrhafte Urſache des in gemeinſamer Rechtsproduction zu Tage tretenden Zuſammenwirkens der Menſchheit erklärt wird.

Das jus civile endlich wird auf die rechtsproductive Thätigkeit der einzelnen betreffenden civitates zurückgeführt (§. 86).

Das dritte Problem, welches der Grund der verbindlichen Kraft des Rechtes ſei, wird bezüglich des jus gentium und jus naturale von der Jurisprudenz weniger ſcharf hervorgehoben und beſonders behandelt, als bezüglich des jus civile, hat jedoch auch dort der Reflexion ſich nicht gänzlich entzogen. Die Beantwortung dieſer Frage iſt durch die bereits gewonnenen Vorderſätze mit innerer Nothwendigkeit bedingt: bezüglich des jus naturale beruht die bindende Kraft in der ratio naturalis reſp. in der Autorität Gottes; bezüglich des jus gentium aber in dem Conſenſe des rechtsproducirenden Menſchengeſchlechtes, gleichwie in dem jus civile der Conſens der betreffenden civitas als die bindende Kraft erachtet wird. (§. 86, 87.).

Bei Gajus, wie in gewiſſer Beziehung bei Ulpian, treffen ſonach bezüglich des jus naturale und jus gentium beide Gründe zuſammen, und dieſe combinirte Rechtsmaterie übt bindende Kraft zunächſt in Folge des Conſenſes der humanae gentes, in letzter Inſtanz aber in Folge der Macht der ratio naturalis.

Das vierte Problem: Wer iſt das Rechtsſubject? hat nur dem Ulpianus Veranlaſſung zu beſonderer Erörterung gegeben, und wird von dieſem dahin entſchieden, daß in Bezug auf das (animaliſche, ex profesſo ſo bezeichnete) jus naturale alle animalia, in Bezug auf das jus gentium (und das damit zuſammenfallende menſchliche jus naturale) der freie Menſch, endlich in Bezug auf das jus civile der Bürger des betreffenden Staates dem Rechte untergeordnet und rechtsfähig ſei (§. 92.). Dagegen der Lehre des Marcianus und Paulus liegen die Sätze inne, daß das Rechtsſubject des jus naturale der Menſch, des jus gentium der Freie, des jus civile der Bürger ſei, während bei Gajus und Ulpianus bezüglich des jus civile die nämliche Beantwortung zu

geben, bezüglich des (resp. dem Menschen eigenen) jus naturale und jus gentium aber eine theoretische Entscheidung gar nicht möglich ist, weil jus naturale und jus gentium identificirt, und doch auch wiederum der Sclave nicht Subject des jus gentium, wohl aber des jus naturale ist.

Endlich das fünfte Problem, die Frage nach den allgemeinsten Principien des Rechtes umfassend, welches von der griechischen Philosophie in die Untersuchung über den Rechtsbegriff im Allgemeinen, als deren integrirender Theil mit hineingezogen (§. 34.), von Cicero aber daneben in Bezug auf das jus naturale besonders erörtert ward, hier aber wiederum mit der Forschung nach dem Inhalte dieses Rechtes coincidirte (§. 38.), endlich von Ulpian bezüglich des Rechtes im Allgemeinen selbstständig erörtert ward (§. 93.), wurde von Paulus in die Sphäre der Speculation über das Wesen des jus naturale und jus civile hereingetragen, ohne jedoch hier diesen Beiden gegenüber seine Selbstständigkeit zu verlieren; dagegen ward dasselbe, wie es scheint, weder von Marcianus, noch von Gajus und Ulpianus der wissenschaftlichen Theorie eingefügt.

Paulus aber gelangt zur Erkenntniß eines doppelten Principes: der aequitas und der utilitas, der wiederum der rigor juris gleichsteht. Indem nun Paulus die von diesen Principien beherrschte Materie des aequum et bonum und des strictum jus mit dem jus naturale einerseits und dem jus civile andrerseits identificirt, gelangt derselbe hiermit zur bewußten Darlegung einer Wahrheit, die wir als thatsächliche in dem Gange der römischen Rechtsentwickelung anzuerkennen haben, in ihrer sachlichen Bedeutung für die rechtsproducirende Thätigkeit der römischen Juristen aber im nächsten Paragraphen in eine nähere Erwägung mit ziehen werden.

Fassen wir nun nach Alledem die Umwandelung, welche die rechtsphilosophischen Speculationen im Munde der römischen Jurisprudenz erfuhren, in Einem Punkte zusammen, so war es der Rechtsbegriff, dessen Erkenntniß den Schwerpunkt der Bestrebungen der Philosophie bildete, während die Darlegung des Rechtes selbst als Hauptaufgabe von der Jurisprudenz anerkannt wurde.

§. 95.

Fortſetzung.

(Reſultat.)

Wenden wir uns nunmehr zur Beantwortung der anderweiten in §. 93. aufgeworfenen Frage, den Einfluß im Allgemeinen feſtzuſtellen, der innerhalb des von uns durchforſchten Gebietes gegenüber der Lehre vom jus naturale, wie überhaupt gegenüber der geſammten hierauf bezüglichen wiſſenſchaftlichen Thätigkeit der römiſchen Jurisprudenz, jener Verbindung des ſpeculativen und hiſtoriſchen Elementes beizumeſſen iſt, ſo erſcheint dieſe Antwort bedingt durch die Erwägung der beiden Momente, welche in jener Verbindung ſelbſt zu Tage treten: der Verſchmelzung nämlich der ſpeculativ wiſſenſchaftlichen und der volksthümlichen Anſchauung einerſeits, ſowie der Verknüpfung theoretiſcher Speculation mit geſchichtlicher und empiriſcher Erſcheinungsform andrerſeits.

Faſſen wir zunächſt jene Vereinigung von wiſſenſchaftlicher und volksthümlicher Anſchauung in's Auge, welche vor Allen in der innigen Verbindung von jus naturale und aequum et bonum ſich offenbart, ſo haben gerade durch dieſe Thatſache die römiſchen Juriſten ſich ſelbſt das glänzendſte Zeugniß ausgeſtellt, wie ſie in Wahrheit ihren Beruf in richtiger Maaße erkannten und in würdiger und vollendeter Weiſe ihrer Philoſophie eine fruchtbringende Anwendung anwieſen. Denn indem dieſelben mit ihrem Syſteme vom jus naturale das durch die vulgäre Anſchauung gebotene Dogma von der aequitas in jene elementäre Verbindung ſetzten; indem ſie den durch die Rechtsidee des Volksgeiſtes gegebenen normativen Stoff des aequum et bonum zum Poſtulate der lex naturae erhoben; indem ſie ſo der Anſchauung des Volkes die Folie ſpeculativ wiſſenſchaftlicher Begründung unterlegten und die vulgäre Reflexion in die Sphäre philoſophiſcher Abſtraction emporhoben; ſo hat hiermit die römiſche Jurisprudenz jene Anforderung erfüllt, welche wir in §. 44. als den einen Theil der Aufgabe der Philoſophie bezeichneten. Und während das eigenthümliche Verdienſt der Philoſophie eines Cicero, wie des geſammten Griechenlands vornämlich darin beſteht, neue Ideen der Menſchheit zugeführt und fruchttragende Vorſtellungen verbreitet zu haben; während jene Fachphiloſophen

vornämlich auf dem Wege theoretiſcher Speculation die geiſtige Cultur und den Fortſchritt der Menſchheit auf der Bahn der Vervollkommnung beförderten; ſo hat die Rechtsphiloſophie der römiſchen Juriſten in der entgegengeſetzten Richtung gleiches Verdienſt ſich erworben: die römiſche Jurisprudenz hat im Wege der Abſtraction von dem Empiriſchen den letzten und höchſten Gedanken, der als Conſequenz in der Idee des Volksgeiſtes ſchlummerte, geweckt; ſie hat die Allgemeinheit des Urtheiles, welche durch das Feſthalten am Concreten bisher gebunden war, gelöſt und frei gemacht; ſie hat das abſolute Element, welches in der am Relativen heftenden Sentenz des Volkes verborgen war, aufgefunden und dargelegt. So hat ſie die im Volke herrſchenden Ideen, den rohen und ungeordneten Gedankenſtoff denkend verarbeitet, der Allgemeinheit des Begriffes näher geführt, zu klarer und lichter Vorſtellung abgerundet, und dann dieſe umgeformte und präciſirte Materie dem Volke wieder überliefert.

So ſtehen die römiſchen Juriſten mit dem einen Fuße auf dem Boden und inmitten der vulgären Anſchauungsweiſe und des Ideenverkehres des geſammten Volkes; mit dem anderen Fuße auf dem Gebiete der philoſophiſchen Abſtraction, — auf einem Standpunkte, der geeigneter iſt zur Rechtsproduction, als der unſerer modernen Rechtsphiloſophen, die über die Rechtsideen der großen Maſſen hinwegſehen, geeigneter aber auch, als die Stellung unſerer modernen Legislation, die von dem Nützlichkeitsgrunde zu ſelten zur philoſophiſchen Abſtraction emporſchaut.

Dieſer Vereinigung von philoſophiſcher und volksthümlicher Anſchauung haben wir daher auch den entſcheidendſten Einfluß auf beide Lehren ſelbſt vom jus naturale und aequum et bonum beizumeſſen, und während die aequitas dadurch eine höhere und wiſſenſchaftliche Unterlage und damit eine vollkommnere Berechtigung ihrer Exiſtenz erlangt, ſo gewinnt das jus naturale dadurch eine wohlbegründete Subſtruction und eine feſte und ſichere Stellung, indem es, in die Rechtsanſchauung der geſammten Nation verpflanzt, auf dieſem Boden kraftvoll Wurzel ſchlägt und, weithin ſich ausbreitend, auf das Innigſte mit dem Volksgeiſte ſich verbindet. Und gerade dieſe Verſetzung der Doctrin

des jus naturale in die reale Wirklichkeit, in ein reges, vielbewegtes Leben giebt jener Lehre eine unvergleichlich höhere Bedeutung, als wir ſolche den rechtsphiloſophiſchen Speculationen aller anderen Zeiten und Völker beimeſſen dürfen. Denn indem das jus naturale zur bewußten Vorſtellung und zum wiſſenſchaftlichen Ausdrucke der dem Volksgeiſte inwohnenden Ideen ſich geſtaltet, ſo erwächſt aus dieſer naturgemäßen Verbindung jener Lehre eine ſo intenſive Macht, daß deren Vertreter ſelbſt ohne das jus respondendi zu Organen des Rechtsbewußtſeins des Volkes werden und ſo eine Stellung erlangen, die ihnen geſtattete, mit Sicherheit und Freiheit ihr Urtheil gegenüber dem gegebenen Rechte auszuſprechen und ſelbſt ihren derogatoriſchen Sentenzen die Verwirklichung als Recht zu beanſpruchen und zu erringen.

Nicht minder bedeutungsvoll erſcheint die ſtete Berückſichtigung der Empirie bei Entwickelung des jus naturale, wie die unmittelbare Uebertragung der Ergebniſſe der Letzteren auf die Erſtere, jene Vereinigung ſomit von theoretiſcher Speculation und practiſcher Erwägung der gegebenen Verhältniſſe, welche bei Bearbeitung des jus naturale Seitens der römiſchen Juriſten zu Tage tritt.

Faſſen wir hierbei zunächſt die practiſche Richtung in jener wiſſenſchaftlichen Thätigkeit der römiſchen Juriſten in's Auge, ſo können wir ſolche im Allgemeinen dahin bezeichnen, daß jene das jus naturale als wahres und wirkliches, herrſchendes und verbindliches Recht darlegen, und dies ebenſowohl in der Weiſe, daß ſie innerhalb des bereits gegebenen, poſitiven Rechtes dieſes jus naturale nachweiſen, als auch bei ihrer eigenen rechtsconſtituirenden Thätigkeit jenes jus als rechtsverbindliche Norm offenbaren. Jener erſtere Moment tritt namentlich hervor in der Verſchmelzung des jus gentium, wie des aequum et bonum mit dem jus naturale, welche als Product der auf das Practiſche gerichteten Beſtrebungen der Jurisprudenz inſofern aufzufaſſen iſt, als darin die Abſicht ſich offenbart, dem abſoluten Rechtsgeſetze eine reale Unterlage zu geben. Sodann befördern aber auch andrerſeits die von den römiſchen Juriſten ausgehenden Rechtsbildungen ebenſowohl jus naturale zu Tage, wie ſie gleichzeitig auch Regeln enthalten, welche dem zu beurtheilenden einzelnen

Falle, wie der ganzen Classe wesentlich gleichartiger Fälle als angemessen und brauchbar dienen.

So bewegen sich die wissenschaftlichen Operationen der römischen Juristen und ihre Rechtsdeductionen einerseits auf dem Boden der Empirie und des positiven Rechtes; allein weil nach der anderen Richtung hin für die verkündete Norm gleichzeitig die naturalis ratio als Quelle und productive Kraft festgehalten wird, so tritt hiermit die theoretische Abstraction als das zweite Element in die Operationen der römischen Juristen hinein und läßt die offenbarten Gesetze als Ausflüsse der absoluten Rechtswahrheit, als semper aequum et bonum, als jura semper immutabilia atque firma erscheinen.

Und auch durch diese innige Verschwisterung von Speculation und Empirie, sowie, in äußerer Beziehung, in Folge der ganz singulären Stellung der römischen Juristen, in welcher diese als Organe der rechtsconstituirenden Gewalt des Staates erscheinen, gewinnen deren Speculationen eine vollständig verschiedene Bedeutung für das Recht, als solche den Theorien der antiken, wie modernen Philosophen gegenüber dem Rechte beigemessen werden können. Während die Philosophie und insbesondere die moderne Naturrechtstheorie im weiten Reiche des Gedankens in freier, allzu ungebundener Weise sich ergeht und hier nun der Gefahr unterliegt, in der Unendlichkeit des durchmessenen Raumes sich selbst zu verlieren; während die moderne Theorie über die geschichtlich gegebene Rechtsbildung wie über das Bedürfniß des geschäftlichen Verkehres in überschätzender Selbstgenügsamkeit hinwegsieht und so die ureigene Berechtigung historischer Verhältnisse verkennt; während sie ein Recht construirt, welches einzig und allein durch widerrechtliche Usurpation den Namen „Recht" gewinnt, ein Recht, welches, ohne bindende Kraft, dem bürgerlichen Leben fremd und, ohne allgemeine Anerkennung, für die Legislation unfruchtbar ist; welches lediglich als Hirngespinnst seines Urhebers, selbst nicht einmal als frommer Wunsch der Träger des wissenschaftlichen Rechtsbewußtseins der Nation zu gelten hat [612]); so erscheint das jus

612) Vergl. namentlich Kierulff, Theorie des gem. Civilr. I. p. 3. Note. Auch Savigny, System §. 15. Puchta, Pandecten §. 16. Note 6. u. a. m.

naturale in der obigen Beziehung räumlich beſchränkt durch den Stoff, den es umſchließt, wie durch das Object, das es erfaßt: indem das jus naturale das jus gentium und aequum et bonum ſich hypoſtaſirt, tritt jenes in die Gränzen dieſer ein und ſchreibt ſich ſelbſt damit die Aufgabe vor, an die leitenden Grundideen dieſer Beſtandtheile des poſitiven Rechtes ſich zu binden und ſomit gerade das hiſtoriſch Gegebene zur wiſſenſchaftlichen Erkenntniß und zur Allgemeinheit der Anſchauung emporzuführen, und indem das jus naturale auf die wirklichen Verhältniſſe des bürgerlichen Lebens und geſchäftlichen Verkehres ſeine Regeln bezieht, und ſeine Speculation auf jene realen Erſcheinungsformen baſirt, ſo wird es practiſch als ordnende und bindende Regel und als Quelle künftiger neuer Rechtsſatzung.

So wird das jus naturale, der römiſchen Jurisprudenz zur reflectirenden Betrachtung des hiſtoriſch gegebenen Rechtes, wie zum bewußten Ausdrucke der Rechtsideen des jüngeren Zeitgeiſtes; es wird zum wahren, wirklichen Rechte, ohne über die Details ſeiner Feſtſetzungen das in der Speculation gebotene abſolute Princip aus dem Geſichtskreis entſchwinden zu laſſen. Und gerade dieſer doppelte Moment iſt es, welcher erklärt, daß die Jurisprudenz nicht die Aufgabe ſich ſtellte, die Grundgeſetze des Rechtes in kurzen Formeln darzulegen, und daß dennoch, indem in der Idee des jus naturale beſtimmte allgemeine leitende Gedanken in ſchöner Ebenmäßigkeit gemeinſam herrſchen, wir ſolche abſtracte Rechtsgeſetze auf das Deutlichſte in jenem erkennen, ja, in dieſer Abſtraction, ſogar deutlicher noch, als ſie dem Bewußtſein ihrer Träger ſelbſt ſich offenbarten.

§. 96.

Fortſetzung.

(Reſultat.)

Werfen wir nun nach Alledem einen letzten vergleichenden Blick auf die philoſophiſche Thätigkeit der römiſchen Jurisprudenz, wie andrerſeits der griechiſchen Philoſophie, ſo erſcheinen die Beſtrebungen jener einſeitig, in ihren Dimenſionen beſchränkt, in ihrem Objecte unbedeutend. Denn während die griechiſche Philoſophie das unendliche Gebiet geiſtigen und körperlichen Seins zu umſpannen und in ſeinen letzten Gründen wiſſenſchaftlich

zu durchdringen ſtrebt; während das Weſen Gottes in gleichem Maaße, wie das des Thieres, die Natur des Univerſum ebenſo, wie des Atomes, die Geſetze der Ethik, wie der Mathematik und Logik der griechiſchen Philoſophie den Stoff zur Forſchung bieten, iſt es lediglich das Weſen und die Materie des Rechtes, wodurch die römiſche Jurisprudenz zu philoſophiſcher Speculation angeregt wird. So erſcheint zwar das Gebiet der Letzteren beſchränkt und klein gegenüber der Unendlichkeit des Raumes, den die Philoſophie zu erhellen ſtrebt; allein dennoch mögen wir die weltgeſchichtliche Bedeutung der philoſophiſchen Beſtrebungen der römiſchen Jurisprudenz und ihr Verdienſt um die Cultur des Menſchengeiſtes nicht gering veranſchlagen. Ja das Reſultat ſolcher Speculation iſt ſogar in noch weit ausgedehnterem Maaße von einer ſelbſtſtändigen, unmittelbaren und dauernden Wichtigkeit für die Menſchheit geweſen, als die Erfolge, deren die griechiſche Philoſophie ſich rühmen mag. Denn wenn wir immer nicht verkennen, wie es der Letzteren gelang, auf dem Gebiete der Logik, wie der Metaphyſik, der Pſychologie, wie der Naturphiloſophie, der Moral, wie des Rechtes einzelne Geſetze von abſoluter Wahrheit zu entdecken, ſo vermögen wir doch bezüglich der Meiſten derſelben der neueren Zeit das gleiche Verdienſt einer ſelbſtſtändigen Auffindung dieſer nämlichen Geſetze zu vindiciren, ſo daß in dieſen Stücken die Bedeutung der antiken Philoſophie für uns weder eine unmittelbare, noch ſelbſtſtändige ſein kann. Vielmehr haben wir das Hauptverdienſt jener Philoſophie in der anregenden, wie vorbereitenden Wirkung zu erkennen, durch welche jene zur Cultur des Geiſtes mächtig beitrug. Denn aus dieſer Philoſophie empfing das Alterthum, wie ſpäter auch das Mittelalter den Stoff zu eigener höherer wiſſenſchaftlicher Forſchung und insbeſondere ward das Erſtere und namentlich durch die ſtoiſche Philoſophie vorbereitet für die Offenbarung Gottes im Chriſtenthum. Die philoſophiſchen Lehren ſelbſt aber, welche dieſe bedeutungsvollen Reſultate vermittelten, ſie ſind vorübergegangen gleich der Herrlichkeit Roms und Athens und auf ihren Trümmern ſind neue Lehren und Disciplinen errichtet, vollendeter an Structur und Material.

Wohl aber iſt es die Rechtslehre Roms, welche, aufgebaut auf dem Fundamente philoſophiſcher Satzung, die Herrſchaft

ihrer Lehrſätze bei den gebildetſten Völkern der Welt bereits ſechszehn Jahrhunderte hindurch verewigt und ſo in Wahrheit eine ſelbſtſtändige, unmittelbare und dauernde Herrſchaft ſich erhalten hat. Dieſe Thatſache, obwohl mit prophetiſchem Geiſte bereits von Livius (IV, 4.) verkündet in den Worten:

Quis dubitat, quin in aeternum urbe condita, in immensum crescente — jura gentium hominumque instituantur!

dieſe Thatſache, ſagen wir, erſcheint dennoch ſo außerordentlich und als ſo unerhörtes national-pſychologiſches Phänomen in der Weltgeſchichte, daß wir zu ihrer Erklärung mit Nothwendigkeit zu der Annahme geführt werden, daß es den römiſchen Juriſten gelang, bei ihren rechtsphiloſophiſchen Speculationen in hohem Grade der einigen und abſoluten Rechtswahrheit ſich anzunähern.

Und dieſes Reſultat iſt es, welches wir hinſtellen als das letzte und höchſte Ergebniß jener glücklichen Vereinigung von wiſſenſchaftlicher und volksthümlicher Anſchauung, wie von theoretiſcher Speculation mit hiſtoriſch gegebener Satzung und empiriſcher Erſcheinungsform.

Dritte Periode.

Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium

bis zum Zeitalter Juſtinian's.

Jus naturale,

aequum et bonum und jus gentium.

§. 97.

Jus naturale, aequum et bonum und jus gentium im Allgemeinen.

Mit dem gegenwärtigen Abſchnitte tritt ein totaler Umſchwung in der Behandlung der in Betracht gezogenen Lehren ein; wie alle Speculation über das Weſen des Rechtes, ſo ſchwindet auch, bis auf vereinzelte Ausnahmen am Eingange und Ausgange des Zeitraumes, jene theoretiſche Cultur, welche während der vorhergehenden Periode den obigen drei Lehren zu Theil ward. Nicht mehr der Begriff an ſich wird nach Inhalt und Vorausſetzungen in ſpeculativer Weiſe erforſcht und in ſyſtematiſcher Form verarbeitet, vielmehr begnügt ſich die gegenwärtige Periode den überlieferten Lehrbegriff als einen gegebenen hinzunehmen, und die demſelben ſich unterordnenden beſonderen Erſcheinungsformen in concreter Beziehung je nach Gelegenheit der Sache darzulegen.

Dieſe Erſcheinung iſt nothwendig bedingt durch den Thatumſtand, daß die Träger jener Lehrbegriffe andere geworden ſind. Während der vorigen Periode waren es die Koryphäen der Rechtswiſſenſchaft, welche, indem ſie als die Hauptfactoren der geſammten Rechtsbildung ſich darſtellten, doch zugleich eine wiſſenſchaftliche Theorie aufrecht erhielten, in abſtrahirender Reflexion die allgemeinen leitenden Grundbegriffe ſpeculativ begründeten, und namentlich auch in beſonderen Rechtsſyſtemen die gewonnenen Fundamente wiſſenſchaftlich conſtruirten. In der gegenwärtigen Periode dahingegen fällt die Rechtsbildung faſt ausſchließlich den Kaiſern anheim und erfolgt hier ſeltener nur in organiſchen Geſetzen, als vielmehr meiſtens in Specialverfügungen, welche weder zu abſtracteren Erwägungen hinleiten,

noch umfassendere Untersuchungen über den in Anwendung gebrachten Lehrbegriff befördern konnten. Da nun überdem mit der gegenwärtigen Periode, wie alle Wissenschaft, so auch die juristische Theorie entweder vollständig verschwindet, oder doch, insoweit vereinzelte Schößlinge eine kümmerliche Vegetation ihr fristen, aller Selbstständigkeit und Freiheit der Reflexion entbehrt, so fällt der gegenwärtige Zeitraum in der That schon außerhalb des Gesichtskreises, den der bei diesem ersten Theile unseres Werkes gegebene Standpunkt überschauen läßt. Dennoch mußte die Rücksicht, daß für unsere historische Rechtswissenschaft alle juristischen Lehren Rom's in Justinian ihren durch äußere Umstände gegebenen Abschluß finden, bestimmend wirken, die Fortdauer und die in den concreten Erscheinungsformen sich offenbarenden Veränderungen jener Lehrbegriffe einer weiteren Betrachtung zu unterziehen.

Unter allen Factoren des geistigen Lebens der gegenwärtigen Periode liefert aber im Wesentlichen nur die Jurisprudenz einen Beitrag zu der Geschichte der obigen drei Lehren, während die Wissenschaft im Allgemeinen, wie die Philosophie im Besonderen der Rechtsbildung zu fern stehen, als daß Beide ebensowohl der Thätigkeit der Letzteren eine besondere Betrachtung hätten widmen, als auch andrerseits einen unmittelbar bestimmenden Einfluß auf die leitenden Ansichten derselben hätten gewinnen können. Hierin aber liegt der maaßgebende Grund, weßhalb wir die Lehre vom jus naturale in ihrer durch die Philosophie dieses Zeitraumes ihr zu Theil gewordenen Behandlung [613]) nicht weiter zu verfolgen haben; denn, abgesehen davon, daß gegenwärtig die Philosophie in der hier fraglichen Beziehung im Wesentlichen sich begnügt, lediglich die von der vorigen Periode überlieferten Dogmen zu reproduciren, so beeinflußt sie auch, wie bemerkt, weder durch ihre Lehrsätze die Rechtsbildung, welche vielmehr auf den von der Jurisprudenz construirten Fundamenten fortbaut, noch auch widmet sie dieser, von der Jurisprudenz festgehaltenen Gestaltung jener Lehre eine besondere Berücksichtigung.

613) Vergl. Clemens Alexandrin. Strom. I. p. 427.; Hierocles, comm. in aur. carm. Pyth. 67. 109. 129. 153. und bei Stob. Serm. 39, 36. Gaisf. Sext. Empir. Pyrrhon. hypoth. I, 145. III, 24. n. 198.

Was nun die von der Jurisprudenz dieſer Periode gelieferten Beiträge für die erörterten Lehren betrifft, ſo haben wir hierbei, wenn wir von den dürftigen Ueberlieferungen der juriſtiſchen Theorie am Eingange dieſer Periode abſehen, eine dreifache Maſſe zu ſcheiden, gegeben theils durch die einzelnen Geſetze und Specialverfügungen der Kaiſer, theils durch das Corpus juris Juſtinian's, theils endlich durch die Paraphraſe des Theophilus zu den Inſtitutionen Juſtinian's. Die verſchiedenen Conſtitutionen der Kaiſer bieten bezüglich unſerer Lehren einen unzuſammenhängenden und diffuſen Stoff, in welchem ein gemeinſamer, leitender, beſtimmter Grundgedanke im Allgemeinen zu vermiſſen iſt. Der Codex und die Novellenſammlung Juſtinian's bietet je als legislatoriſches Ganze das nämliche Bild, wie die Vielheit der Conſtitutionen im Einzelnen, aus denen jene Sammlungen beſtehen. Dagegen in den Inſtitutionen und Digeſten muß ſolche leitende einheitliche Grundidee vom jus naturale und jus gentium, wie von der aequitas geſucht werden, da es unangemeſſen iſt, anzunehmen, daß Juſtinian, oder vielmehr Tribonian und ſeine Mitarbeiter jene Lehrbegriffe ausführlicher behandelt, wie angewendet hätten, ohne eine beſtimmte theoretiſche Anſchauung von ſolchen ſich zu bilden. Allein da es bei Abfaſſung dieſer Geſetzbücher erging, wie bei allen Compilationen zu beſchehen pflegt, daß der Compilator durch die divergirenden Anſichten ſeines Vorgängers in einzelnen Punkten zu einem inconſequenten Abgehen von ſeinem eigenen Grundbegriffe und deſſen Folgeſätzen verleitet wird, gerade dieſe Gefahr aber bei dem Zuſammenwirken mehrerer Mitarbeiter für Abfaſſung der Inſtitutionen und Digeſten doppelt nahe trat und auch in der That ihre Folgen erkennen läßt, ſo iſt es allerdings nicht ohne einige Schwierigkeit, jene leitende einheitliche Grundidee zu erkennen. Gerade um deßwillen aber gewinnt die Paraphraſe eine erhöhte Bedeutung für uns, weil gerade Theophilus Mitarbeiter der Inſtitutionen und Digeſten war und hierdurch am Vollkommenſten befähigt erſcheint, ein glaubhaftes Zeugniß für jene in den genannten beiden Geſetzbüchern Juſtinian's wahrhaft herrſchende theoretiſche Auffaſſung der in Frage ſtehenden Lehrbegriffe abzulegen. Daher werden wir in §. 102. dieſen Lehren des Theophilus eine beſondere Betrachtung widmen.

Was nun das jus naturale insbesondere und zwar zunächst in den Constitutionen der Kaiser betrifft, so sehen wir in dessen einzelnen Erscheinungsformen den Lehrbegriff der vorigen Periode reproducirt, jene Lehre nämlich von einer der natura rerum inwohnenden vernunftvollen Kraft, aus der eine ordnende Regel, das jus naturale hervorgeht. Von jenem Zwiespalte dagegen, der in der vorigen Periode zwischen Marcianus einerseits und Gajus, Paulus und Ulpianus andrerseits in den den höheren Sphären der Speculation anheimfallenden Fragen über die theoretische Begründung jenes jus naturale obwaltete, finden wir in den Constitutionen dieser Zeit keine Spur; dagegen tritt allerdings ein Anklang an die Ulpianische Lehre von einem zwischen Mensch und Thier gemeinsamen jus naturale deutlich zu Tage und läßt erkennen, wie dieses Dogma auch während der gegenwärtigen Periode die Jurisprudenz influirte. In den Institutionen und Digesten endlich, wie von Theophilus wird der Zwiespalt der vergangenen Periode in ganz eigenthümlicher Weise scheinbar ausgeglichen und versöhnt.

Die aequitas verliert ihre Wurzel im Geiste des Volkes und, indem sie in der kaiserlichen Rechtsbildung nach außen hin sich abschließt, verliert sie hiermit jene günstige Stellung, welche während der vorigen Periode sie zu so fruchtbringender Wirksamkeit berief. Wenn immer daher die aequitas unter den erörterten Lehrbegriffen am häufigsten zu Tage tritt, so mangeln ihr doch jene Merkmale, welche während der früheren Periode sie so vortheilhaft auszeichneten: jenes bestimmte Bewußtsein und die Unterordnung unter gegebene leitende Grundideen, welche eine feste, stetige und unwandelbare Richtung in allen ihren Kundgebungen vermittelte und bestimmte. Denn jene aequitas kann da nur gedeihen und zur befruchtenden Quelle der Rechtswahrheit werden, wo ihre Basis eine universelle ist und auf der unmittelbaren Anschauung der Gestaltung der wechselvollen Lebens- und Verkehrsverhältnisse beruht. Wo aber diese Voraussetzungen mangeln, wie bei der Rechtsbildung durch die kaiserlichen Constitutionen, da gewinnt sie eine überwiegend particuläre Wesenheit und entbehrt zugleich des Merkmales der Continuität, welche ihre Postulate von Generation auf Generation vererbt. Daher verliert mit der gegenwärtigen Periode

die aequitas jenen Character, den wir für die früheren Jahrhunderte ihr vindicirten, Ausdruck zu ſein des jüngſten Rechtsbewußtſeins der Nation: ſie verwandelt ſich in die Kundgebung der vom gegebenen Rechte unabhängigen Rechtsanſchauung der Legislation.

Endlich das jus gentium verliert in Folge äußerer, hier nicht weiter in Betracht kommender Einflüſſe ſeine practiſche und reelle Bedeutung, daher es aus der Sphäre der Anſchauung der kaiſerlichen Rechtsbildung ganz heraustritt und ſpurlos verſchwindet, in den Inſtitutionen und Digeſten dagegen, zu neuem Daſein berufen, nunmehr die Umwandelung vollendet, für welche die erſten bewegenden Urſachen bereits in der Lehre der vorhergehenden Periode verborgen waren: es hört auf der durch hiſtoriſche Rechtsbildung gegebene Begriff: jus commune omnium hominum zu ſein, und geht vollſtändigſt über in ein jus quod naturalis ratio constituit und jus quo omnes gentes utuntur, beidemal in Wahrheit zur lediglich ſprachlich ſelbſtſtändigen, beſonderen Bezeichnung zweier Merkmale des jus naturale herabſinkend.

Indem wir uns nun zur Unterſuchung des ſich darbietenden Materiales im Einzelnen wenden, ſo werden wir zunächſt die Conſtitutionen der Kaiſer, ſodann die Inſtitutionen und Digeſten Juſtinian's, endlich die Paraphraſe des Theophilus beſonders in Betracht ziehen, dabei aber die im Uebrigen ſich darbietenden Quellenſtellen, ebenſo wie diejenigen Stellen in den Inſtitutionen, welche nicht aus Schriften früherer Juriſten excerpirt ſind, in dem erſten dieſer drei Abſchnitte mit berückſichtigen.

§. 98.

A. Conſtitutionen der Kaiſer.

Jus naturale.

In den Conſtitutionen der Kaiſer vermögen wir die von der vorhergehenden Periode aufgeſtellten Dogmen vom Weſen des jus naturale deutlich zu erkennen, jene Lehrſätze nämlich: es giebt eine natura rerum oder natura des Dinges und Weſens, wie auch, in weiterer Abſtraction, eine natura der gegebenen Verhältniſſe ſelbſt, welche iſt der Inbegriff der jenen Weſen, Dingen und Verhältniſſen zukommenden Eigenthümlichkeiten und Beſonderheiten; in dieſer natura rerum waltet geſetzvoll und

ordnend eine vernunftreiche Kraft: die naturalis ratio, und aus dem Wirken dieſer ratio gehen hervor eine Summe ordnender Regeln und Geſetze: das jus naturale.

So wird die natura anerkannt von

Diocletianus et Maximianus in l. 20. C. de pignor. 4, 24.:
Pignoraticiae actionis natura;

Valentinianus et Valens in l. 17. C. Th. de praetor. 6, 4.:
Masculorum natura;

Valentinianus III. in deſſen Novell. X, §. 3. Haen.:
Rei ipsius natura iniquum;

Justinianus in l. un. C. rei uxor. 5, 13.:
Rubr.: natura dotibus praestita; §. 1. 8. 9. 10.: natura ex stipulatu actionis; §. 2.: natura rei uxoriae (actionis); novam naturam de dote stipulatio sibi invenit; §. 3.: naturale ex stipulatu actionis; §. 6.: ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur;

ingleichen l. 2. C. comm. de legat. 6, 43.:
Natura legatorum; fideicommissi natura;

und Nov. CVI. Praef.:
Ἡ τῆς ἀμφισβητήσεως φύσις (controversiae natura);

Vergl. auch §. 2. 3. J. de leg. 2, 20., §. 3. J. de locat. 3, 24., §. 7. J. de oblig. quasi 3, 27., §. 29. J. de act. 4, 6.

In dieſer natura rerum wird jene geſetzvolle Ordnung ſtatuirt von:

Diocletianus et Maximianus in l. 23. C. de probat. 4, 19.:
Actor quod asseverat, probare se non posse, profitendo reum necessitate demonstrandi contrarium non adstringit, quum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit;

Justinianus in l. 14. pr. C. de legit. hered. 6, 58. und in l. 13. C. de contr. et committ. 8, 38.; ingleichen in Nov. XII. c. 1.:
Θεσπίζομεν τοίνυν, τοῦ λοιποῦ, εἴ τις ἀδέμιτον καὶ ἐναντίον τῇ φύσει — — συναλλάξει γάμον, εἴπερ οὐκ ἔχοι παῖδας ἐκ προτέρων γνησέων τε καὶ ἀμέμπτων αὐτῷ γενομένους γάμων εὐδὺς μὲν αὐτῷ τὴν τῶν οἰκείων πραγμάτων ἔκπτωσιν ἐπικεῖσθαι — —. ἀνδ' ὅτου γὰρ ἐξὸν γάμον ποιεῖν νεμομισμένον παρανόμων ἐρᾷ, — — πράττει δὲ ἀσεβῆ καὶ ἀνόσια, καὶ τοιαυτά γε ἐπιθυμεῖ, ὁποῖα πολλὰ καὶ τῶν ἀλόγων ἀποσείεται ζώων; ἔστω γε αὐτῷ

ποινὴ μὴ δήμευσις μόνον, ἀλλα καὶ — — τοῦ σώματος αἰκισμός, ὅπως ἂν μάθοι σωφρονεῖν καὶ εἴσω τῆς φύσεως μένειν, ἀλλὰ μὴ τρυφᾷν τε καὶ ἐρᾷν ὑπερόρια, καὶ τῶν παραδεδομένων ἡμῖν ἐκ τῆς φύσεως καταυδαδιάζεσθαι νόμων (Sancimus igitur, ut, si quis in posterum illicitas et naturae contrarias nuptias contraxerit, siquidem liberos ex prioribus legitimis et inculpatis nuptiis natos non habeat, statim ille res suas amittat. Quum enim legitimas nuptias contrahere licuisset, cur illegitimas appetit, et impia ac nefaria perpetrat, eaque concupiscit, quae multa etiam irrationalia animalia aversantur? Poena igitur illius sit non solum publicatio bonorum, sed etiam corporis castigatio, ut discat caste vivere, et intra naturae terminos se continere, nec voluptuose vivere et quae modum excedunt amare, iisque, quae a natura tradita sunt, repugnare);

Nov. XVIII, Praef.;

Πειρώμεθά τι προσεξευρίσκειν ἀεὶ τῇ φύσει τε ἀκόλουθον (quid invenire annitimur, quod semper naturae conveniat);

Ibid. c. 5. Nov. LXXIV, Praef., c. 1. Nov. LXXXIV, Praef. Nov. LXXXIX, c. 1. pr. c. 9. pr.:

Ὥσπερ γάρ εἰσι τρόποι τοὺς οἰκέτας εἰς ἐλευθερίαν τε ἅμα καὶ εὐγένειαν ἄγοντες καὶ ἀποδιδόντες τῇ φύσει, οὕτως, εἴπερ ὁ πατὴρ οὐκ εὐπορίᾳ γνησίας γονῆς, βούλοιτο δὲ αὐτοὺς ἀποκαταστῆσαι τῇ φύσει καὶ τῇ ἄνωθεν εὐγενείᾳ, εἴ γε ἐξ ἐλευθέρας αὐτῷ γένοιντο καὶ γνησίους τὸ λοιπὸν καὶ ὑπεξουσίους ἔχειν, τοῦτω πραττέτω δί ἡμετέρας ἀντιγραφῆς. οὐδὲ γὰρ δὴ τὴν ἀρχὴν, ὅτε ἡ φύσις τοῖς ἀνθρώποις διεθεσμοθέτει μόνη, πρὶν τοὺς γραπτοὺς εἰσφοιτῆσαι νόμους, ἦν τις διαφορὰ νόθου τε καὶ γνησίου, ἀλλὰ τοῖς πρώτοις γονεῦσιν οἱ πρῶτοι παῖδες, — — ἅμα τῇ προόδῳ γεγόνασι γνήσιοι. καὶ ὥσπερ ἐπὶ τῶν ἐλευθέρων ἡ μὲν φύσις πεποίηκεν ἐλευθέρους ἅπαντας, οἱ πόλεμοι δὲ τὴν δουλείαν ἐξεῦρον, οὕτω κἀνταῦθα ἡ μὲν φύσις γνησίας προήγαγε τὰς γονάς, ἡ δὲ εἰς ἐπιθυμίαν ἐκτροπὴ τὸ νόθον αὐταῖς προσανεμάξατο (sicuti enim certi sunt modi, qui servos ad libertatem simul et ingenuitatem ducunt atque naturae reddunt, ita si pater legitimam sobolem non habeat, eos vero natura et primis

legitimis natalibus, si scilicet ex libera illi nati sint, restituere eosque legitimos et in potestate habere velit, hoc per edictum nostrum faciat. Neque enim initio, quum sola natura leges hominibus sanciret, antequam scriptae leges latae essent, differentia erat inter naturalem et legitimum, sed primis parentibus primi liberi, simulatque ederentur legitimi erant. Et quemadmodum in liberis hominibus natura quidem omnes liberos fecit, bella vero servitutem invenerunt, ita et hic natura quidem legitimam produxit sobolem, conversio vero ad libidinem illis naturales immiscuit);

Ibid. c. 12. §. 5. Vergl. auch Nov. LXXVIII. c. 5.; LXXXIV, Praef. in fin., c. 1. pr., §. 1.; LXXXIX, c. 9. §. 1.; CVII, Praef. u. a. m.

endlich auch Serv. in Aen. II, 426.:

Aequum juxta naturam accipiunt.

Dem entſprechend wird dem Richter auch die Berückſichtigung der natura negotii anempfohlen von Arcadius Charisius lib. sing. de test. (l. 21. §. 3. D. de test. 22, 5.).

Die in dieſer Ordnung der Dinge wirkende Kraft wird als naturalis ratio bezeichnet von Diocletianus et Maximianus in l. 10. C. de non num. pec. 4, 30.:

— — negantem numerationem, cujus naturali ratione probatio nulla est;

ſowie in l. 14. C. de his qui accusare 9, 1.:

Si pietas et ratio naturalis animi tui non revocat intentionem;

endlich auch von Boëth. ad Cic. Top. 5, 28. p. 321. Or.:

Aequitas est, quod naturalis ratio persuasit.

So geht hervor aus dem Wirken dieſer vernunftvollen Kraft ein Geſetz für die menſchlichen Verhältniſſe: die lex naturae [614], welche Juſtinian in Nov.. 74. c. 4. pr. als φυσικοὶ νόμοι bezeichnet. Auf dieſer lex naturae beruht das jus naturale oder jus naturae, auch natura oder φύσις ſchlechthin benannt [615],

614) Naturae leges findet ſich im Sinne von Geſetz der phyſiſchen Natur; ſ. Theodosius, Arcadius et Honorius in l. 12. §. 1. C. Th. de pagan. 16, 10. Vergl. Nov. Theod. III. §. 1. 8.

615) So insbeſondere im Gegenſatze zum νόμος, ſo in Nov. 74. c. 2. §. 1. Nov. 84. Praef. pr., oder zu den γραπτοὶ νόμοι, ſo in Nov. 89. c. 1. pr., doch auch ſehr häufig ohne ſolchen Gegenſatz.

welches außer den bereits mitgetheilten Stellen beſonders hervorgehoben wird, ſei es im Sinne der Norm, ſei es im Sinne der derſelben entſprechenden Befugniß, von

(Constantinus) in fr. Vat. §. 248:

> Patris dicioni naturaeque juri subjugati (i. e. liberi qui in patria potestate sunt);

Leo et Anthemius in l. 5. C. de bon. quae lib. 6, 61.:

> Ambiguas atque legum diversis interpretationibus titubantes causas benigne atque naturalis juris moderamine temperare;

Justinianus in l. 30. C. de j. dot 5, 12.:

> Ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur;

wie auch vom Auct. Itiner. Alex. c. 2.:

> Quisque mortalium jure naturae in eo se plus diliget, a quo ipse defenditur;

und von Sulpicius Victor Inst. Orat. p. 286. Capp., welcher als den erſten locus des status negocialis den locus naturalis justi d. i. des jus naturale bezeichnet. Indem nun Victor dieſen locus auf den Fall anwendet: Civitas in tyrannide omne, quod liberorum natum fuerat, exposuit; vicina civitas collegit et educavit; finita tyrannide petunt patres filios et offerunt alimenta; illi contradicunt, beſagt derſelbe ſodann weiter:

> Per quem (sc. locum juris naturalis) utrumque in hac causa disputari potest: ex parte eorum, qui retinent, an naturale sit justum, ut, qui semel filios exposuerunt, repetere non possint; ex parte patrum, an potius naturale sit justum, ut patres quolibet tempore recipiant filios suos, et naturale jus repetant.

Ebenſo bezeugen die Annahme ſolches jus naturale die Ausdrücke naturae religio, d. i. die auf dem jus naturale beruhende Pietät gegen die Eltern [616]) bei Constantinus in l. 2. C. Th. de inoff. 2, 19., und naturalis oder naturaliter, wie bei Diocletianus et Maximianus in l. 9. C. ad exhib. 3, 42; Justinianus in l. 30. C. de j. dot. 5, 12.; l. un. §. 5. C. rei uxor. 5, 13; l. 2. C. comm. de legat. 6, 43.; l. un. C. de S. C. Claud. 7, 24. Endlich bei Arcadius et Honorius in l. 2. C. de nat. lib. 5, 27., Justinianus rubr. C. eod., l. 4. C. de confirm. tut. 5,

616) Gleichbedeutend ſagen Dioclet. et Maxim. in l. 18. C. de inoff. 3, 28.: pietatis religio.

29. Nov. LXXIV. u. ö.: naturalis filius, filia, naturales liberi und ähnlich.

Gleichwie demnach die ſpeculativen Grundlagen, auf denen das jus naturale der gegenwärtigen Periode beruht, die nämlichen ſind, welche wir in der Theorie eines Gajus, Paulus und Ulpianus vorfanden, ſo iſt auch die Weſenheit dieſes jus naturale in den allgemeinen Grundzügen die gleiche geblieben: das jus naturale iſt die urerſte und höchſt wahre Rechtsnorm, das Grundgeſetz allen menſchlichen Verkehres, daher Vorbild und zu verwirklichendes Ideal für die ſtaatliche Legislation [617]), wie auch Geſetz, welches allein und ausſchließlich den Urzuſtand der Menſchen regelte [618]). Nur was die Stellung dieſes jus naturale gegenüber den wirklichen Zuſtänden des bürgerlichen Lebens anbetrifft, ſo macht ſich eine weſentliche Veränderung der Anſchauung inſofern bemerklich, als mit der gegenwärtigen Periode, und namentlich in der Legislation Juſtinian's die Auffaſſung zur maaßgebenden Geltung gelangt, daß jenes jus naturale bei den anerkannter Maaßen veränderten Zuſtänden der menſchlichen Geſellſchaft nicht unmittelbar herrſchendes und verbindliches Recht, ſondern lediglich berufen ſei, durch die Geſetzgebung des Staates als poſitives Recht verwirklicht zu werden. In dieſer Stellung aber erſcheint daſſelbe als abſolutes Normalrecht lediglich für den Geſetzgeber, nicht aber für die Bürger und deren gegenſeitige Beziehungen, daher gegenüber den Verhältniſſen des Verkehres und bürgerlichen Lebens dem jus naturale lediglich eine rein ideale und rein potentielle Bedeutung zukömmt. In dieſer Anſchauung aber, welche wir bereits in der vorigen Periode bei Paulus angedeutet, bei Marcianus aber vollkommen ausgeprägt fanden, und welche bei Juſtinian insbeſondere in Nov. 74. c. 1., 78. c. 5., 89. c. 1. pr., c. 9. pr. cit. und hier namentlich darin zu Tage tritt, daß derſelbe dem jus naturale die Anerkennung einer vollkommenen Gleichheit und Gleichberechtigung der Sclaven und Freigebornen, wie der liberi naturales und legitimi überweiſt; in dieſer Anſchauung, ſagen wir, iſt der Fortſchritt des Gedankens vom Irrthume zur

617) So namentlich Nov. 18 Praef., c. 5.; Nov. 84. Praef., ſowie Constit. Δέδωκεν §. 18.

618) So namentlich Nov. 74, c. 1., 89. c. 1. pr., c. 9. pr.

Wahrheit anzuerkennen, jener Fortſchritt nämlich, der darin enthalten iſt, daß das uralte, noch von Gajus und Ulpian vertretene, grundfalſche Dogma aufgegeben wird, welches dem abſoluten und höchſten Rechtsgeſetze die Stellung eines wahren und wirklichen Rechtes und eine actuelle Herrſchaft für das bürgerliche Leben einräumt, da vielmehr jenem in der That nur die Bedeutung einer die abſolute Wahrheit auf dem Gebiete des Rechten vertretenden Materie zukommt, deren alleinige und ausſchließliche Beſtimmung ſein kann, durch rechtsconſtituirende Form in wahres und wirkliches, ſomit in ſogenanntes poſitives Recht verwandelt zu werden.

Uebereinſtimmend hiermit iſt ſonach das poſitive Geſetz ein wahrer Stellvertreter, ein Erſatz des jus naturale, eine τῆς φύσεως ἀναπλήρωσις [619]), der bedingt wird dadurch, daß die Menſchheit von dem anfänglichen Zuſtande primitiver Einfachheit der Verhältniſſe ſich entfernte, hiermit aber die geſellſchaftlichen Verhältniſſe eine complicirtere Geſtaltung gewannen [620]). Wenn daher für die wirklichen Zuſtände des Verkehres und geſelligen Lebens das jus naturale in der That nicht mehr allen Anforderungen genügen würde, ſo ſind dennoch ſeine Grundprincipien ewig, unwandelbar, abſolut wahr, daher der Legislation des Staates die Aufgabe zufällt, die Geſetze des jus naturale den Verhältniſſen und Bedürfniſſen des bürgerlichen Lebens anzupaſſen und ſo dieſes Recht in practiſcher und detaillirender Ausführung und Verarbeitung einer realen und effectiven Herrſchaft wieder entgegenzuführen. Das Geſetz aber, welchem dieſe Aufgabe zufällt, iſt das jus civile: der νόμος im Gegenſatze zur φύσις [621]), oder die γραπτοὶ νόμοι [622]), von Hermogenian. lib. 1. Epit. (l. 94. pr. §. 1. D. de condit. 35, 1.) und, wie es ſcheint, auch von Diocletianus und Maximianus in fr. Vat. § 278. als jus constitutum bezeichnet.

Wenden wir uns endlich zu der Frage nach dem Rechtsſubjecte dieſes jus naturale, ſo tritt das Letztere durchgehends

619) Nov. 74. Epil., 89. Epil.

620) Vergl. namentl. Nov. 74. c. 1., 89. c. 1. pr., c. 9. pr.

621) Nov. 74. c. 2. §. 1., 84. Praef. pr.

622) Nov. 74. c. 1., 89. c. 1. pr., c. 9. pr.

nur in ſeinen Beziehungen zum Menſchen und in ſeiner Anwendung auf deſſen Verhältniſſe zu Tage. Allein die Haltung von Nov. 12. c. 1. cit. und insbeſondere die Worte:

ἀνδ' ὅτου γὰρ ἐξὸν γάμον ποιεῖν νεμομισμένον παρανόμων ἐρᾷ, πράττει δὲ ἀσεβῆ καὶ ἀνόσια, καὶ τοιαυτά γε ἐπιθυμεῖ, ὁποῖα πολλὰ καὶ τῶν ἀλόγων ἀποσείεται ζώων;

beweiſen auf's Deutlichſte, wie auch der gegenwärtigen Periode eine ſpeculative Erweiterung der Fähigkeit für das jus naturale auf alle ζῶα nicht fern lag, namentlich wenn wir uns dem obigen Ausſpruche gegenüber erinnern, zu welchen Conſequenzen in Folge dieſes Dogma von einem auch für das Thier verbindlichen jus naturale in der vorhergehenden Periode bereits Plinius in der Lehre von den Fleiſchesvergehen der Thiere gelangt war (vergl. §. 47. fin.).

Schließlich mag noch Erwähnung finden, wie am Eingange der gegenwärtigen Periode noch Hermogenianus in lib. 1. Epitomarum eine Theorie über das jus naturale gab, da, wie bereits Savigny, Syſtem Bd. 1., Beilage I. Note n. bemerkt, die von Hermogenian in jenem Werke gegebene Aufzählung der Inſtitute des jus gentium (ſ. §. 100.) erkennen läßt, wie dem Letzteren nothwendig ein ſelbſtſtändiges jus naturale mit beſonderen Rechtsinſtituten voraufgehen mußte; allein dieſe Lehre ſelbſt des Hermogenian iſt uns nicht überliefert.

§. 99.

Aequitas.

Gleich dem jus naturale ſo tritt auch die aequitas als der nämliche Begriff, den wir für die vergangenen Jahrhunderte feſtſtellten, in das gegenwärtige Zeitalter ein: als Repräſentantin der an ſich rein ſubjectiven, unabhängig von dem gegebenen Rechte beſtehenden Rechtsanſchauung. Allein die Veränderungen, die an ihr ſich geltend machen, ſind nicht minder bedeutſam, als bezüglich des jus naturale: denn es iſt das Subject und der Träger der aequitas ein anderer geworden, und damit zugleich der Inhalt ihrer Poſtulate verwandelt, wie endlich auch jene beſtimmte und bewußte Haltung entſchwunden, welche wir als das characteriſtiſche Merkmal der aequitas der zweiten Periode hervorheben konnten.

Der wichtigste dieser drei Momente, welcher zugleich den übrigen beiden gegenüber als die wirkende Ursache sich verhält ist der erstgenannte: die aequitas fällt im Wesentlichen der kaiserlichen Rechtsbildung allein anheim und verliert somit ihren ursprünglichen Boden in der Volksanschauung, indem einestheils die Rechtsbildung dem unmittelbaren Einflusse der vulgären Rechtsideen sich entzieht und im Gefühle ihrer autokratischen Herrlichkeit in sich selbst den alleinigen Quell vollendeter Weisheit und Rechtswahrheit sucht; anderntheils aber auch der entnervten Nation überhaupt die Fähigkeit zur Production ureigener Rechtsidee gemangelt haben mag. Denn bei der Stumpfsinnigkeit des byzantinischen Volkes haben wir weder bestimmte leitende Grundideen in Gestalt von Postulaten der Billigkeit, noch überhaupt irgend welche ureigene und selbstständige schöpferische Rechtsanschauung zu erwarten, daher ein abstracter Gegensatz zwischen den Principien des gegebenen Rechtes und dem juristischen Bewußtsein der Nation nicht füglich aus dem Schooße des Volkes hervorgehen und als offener Conflict zu Tage treten konnte. Daher zieht sich die aequitas nunmehr auf die Rechtsbildung zurück und, indem sie so den kaiserlichen Constitutionen ausschließlich anheimfällt, verwandelt sie sich hiermit in die von dem gegebenen Rechte an sich unabhängige rechtliche Anschauung der Träger der Legislation jener Zeit. Diese rechtliche Anschauung selbst wird in den Quellen aequitas und humanitas [623]), ihr Gegensatz aber sowohl justitia [624]), wie subtilitas [625]), oder iniquitas bezeichnet; nicht minder wird ihr Po-

623) Wegen humanitas vergl. die nachfolgenden Stellen und daneben §. 7. J. de legit. agn. 3, 2. §. 10. J. de grad. cogn. 3, 6. Nov. 89. Praef. u. a. m.

624) Justitia im Gegensatze zur aequitas findet sich außer in den nachfolgenden Stellen auch bei Gratianus, Valentianus et Valens in l. 15. C. Th. de accus. 9, 1. Honorius et Theodos. in Const. de convent. ann. in urbe Arelat. habend. ed. Hänel.

625) Subtilitas erscheint jedoch öfter auch ohne jene technische Beziehung zur aequitas; so bezeichnet bei Justinianus in l. 12. §. 1. C. de legg. 1, 14., sowie in l. 11. C. de natur. lib. 5, 27. subtilitas der Person die ungegründete Bedenklichkeit, die Pedanterie; in l. 1. §. 12. C. de vet. jur. enucl. 1, 17. titulorum subtilitas die genaue Angabe der Titel; in l. 31. §. 2. C. de jur. dot. 5, 12. wird die una coadunatio totius calculi als nimia subtilitas bezeichnet und dergl. m.

ſtulat als aequitas, aequum[626]), humanum, benignum[626a]), ſowie deſſen Gegenſatz als jus, subtile, strictum jus[627]), wie als iniquum; ihr Princip als aequitatis ratio, wie als humanitas, ihr Gegenſatz aber als juris ratio[628]), wie als rigor juris und subtilitas; endlich die Uebereinſtimmung mit ihr ebenfalls als aequitas[629]) hingeſtellt.

Unter Berufung auf dieſe Titel reproducirt nun zunächſt zum einen Theil die kaiſerliche Legislation die Anſchauung der vorigen Periode, ſei es in rein rückblickender Erwähnung des hiſtoriſch Gegebenen und Abgeſchloſſenen, inſofern nämlich die aequitas bereits im vorhergegangenen Zeitraume ihre Poſtulate als Recht verwirklicht hatte; ſei es als einer die Rechtsbildung dieſer Zeit noch beſtimmenden und leitenden Idee, inſoweit nämlich, als die früheren Zeiten die Verwandlung der aequitas in Recht und die Beſeitigung des derſelben widerſtrebenden Rechtsſatzes durchzuſetzen und zu vollenden nicht vermocht hatten, die Rechtsbildung dieſer Periode aber in der von früher hervorgezeichneten Richtung ſich fortbewegte.

So finden wir, wenn wir unſerem Plane gemäß die Rechtsformationen ſelbſt dieſer Periode nicht weiter in Betracht ziehen, ſondern nur die Stellen berückſichtigen, in denen wir eine Erwähnung der aequitas oder ihres Gegenſatzes vorfinden, das erſte Princip, der Berückſichtigung der auf die Blutsverwandtſchaft und Ehe geſtützten Verbindungen, hervorgehoben von

---

626) Aequum jus findet ſich nur im Sinne von par jus bei Justinianus in l. 15. §. 1. C. de legit. hered. 6, 58.

626a) Benigne in dieſem Sinne ſ. bei Leo et Anthemius in l. 5. C. de bon. quae lib. 6, 61. (ſ. §. 98.).

627) Strictum jus ohne jenen techniſchen Gegenſatz zur aequitas findet ſich im Sinne von ſtrenges, unnachſichtliches Recht im Gegenſatze zum mollis animus des judex bei Justinianus in l. 14. §. 1. C. de compens. 4, 31.; ähnlich strictum in l. 32. fin. C. de fideicomm. 6, 42.

628) Juris ratio im Gegenſatze zur aequitatis ratio findet ſich außer in den nachfolgenden Stellen auch bei Justinianus in Nov. 97. c. 1.: ὁ τῆς δικαιοσύνης τε καὶ ἰσότητος λόγος; ohne ſolchen Gegenſatz aber bei Diocletianus et Maximianus in l. 16. C. de R. V. 3, 32., l. 2. C. p. soc. 4. 37., l. 5. C. de ord. cogn. 7. 19.

629) Aequitas in dieſem Sinne findet ſich außer in den nachfolgenden Stellen auch bei Diocletianus et Maximianus in l. 7. C. ad exhib. 3, 42.

Anastasius in l. 6. C. de nat. lib. 5, 27.:

Jubemus, eos, quibus nullis legitimis existentibus liberis in praesenti aliquae mulieres uxoris loco habentur, ex his sibi progenitos seu procreandos suos et in potestate legitimosque habere, propriasque substantias ad eos vel per ultimas voluntates, vel per donationes, seu alios legi cognitos titulos, si voluerint, transferre; ab intestato quoque ad eorum hereditatem vocandos, nec aliquas qnaestiones seu altercationes exercendi sub qualibet astutia subtilique legum vel constitutionum occasione.

Justinianus in l. un. §. 7. C. de rei uxor. act. 5, 13.:

In tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest, quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum maritali.

Vergl. auch Diocletianus et Maximianus in l. 14. C. de his qui accus 9, 1., Constantinus in l. 2. C. Th. de inoff. 2, 19., in fr. Vat. §. 248., Sulpit. Viçt. I. O. p. 286. Capp.; Justinianus in l. un. §. 5. C. rei uxoŕ 5, 13. und in Nov. 74. c. 1. (ſ. §. 98.) in Verbindung mit §. 100. Vergl. auch §. 10. J. de grad. cogn. 3, 6.

Das zweite Princip, der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben geboten erachtete, tritt zu Tage bei

Diocletianus et Maximianus in l. 36. C. de transact. 2, 4.:

Si major annis viginti quinque transegisti, quamvis dari tibi placita repraesentata necdum probentur, nec offerant ii, qui conveniuntur, ne quid amplius ab his exigi possit, exceptionis proficit aequitas.

Valentinianus et Martinianus in l. 2. C. ne fisc. rem. 10, 5.:

Retractare fiscum, quod semel vendidit, aequitatis honestatisque ratio non patitur.

Das dritte Princip, der Zuertheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil nach dem durch die Verhältniſſe gegebenen Maaßſtabe von Angemeſſenheit findet Vertretung bei

Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. in l. 3. C. qui bon. ced. poss. 7, 71.:

Si pater tuus bonis cessit propter onera civilia, ipsius facultates oportet inquiri, non patrimonium, quod tibi eman-

cipato quaesitum dicis, inquietari. Quod ut fiat, implorare aequitatem Praesidis debes.

Diocletianus et Maximianus in l. 3. C. p. soc. 4, 37.:

Quum in societatis contractibus fides exuberet, conveniatque aequitatis rationibus, etiam compendia aequaliter inter socios dividi, etc.

Justinianus in Nov. XCVII. c. 1.:

Θεσπίζομεν ἴσας μὲν εἶναι τὰς ἐπιδόσεις, ἴσα δὲ τὰ μέτρα τῶν κερδῶν συμφωνεῖσθαι, ἵνα διὰ πάντων δικαιοσύνην τε καὶ ἰσότητα τιμήσωμεν. εἰ γάρ τις μᾶλλον, θατέρου πλουτοίη, ἔξεστιν αὐτῷ δι' ἑτέρου τρόπου νομίμου καὶ ἐγνωσμένου τοῖς ἡμετέροις νόμοις φιλανθρωπεύεσθαι περὶ τὸν ἕτερον, ἀλλ' οὐ διὰ τῆς ἀνισότητος ὑποδυομένης ἰσότητα τὸ κέρδος μεῖζον θατέρῳ περιποιεῖν (sancimus ut aequales dentur dos et donatio propter nuptias, et de aequali lucrorum mensura pactum conventum fiat, ut per omnia justitiam et aequitatem colamus. Si quis enim altero ditior est, licet illi alio legitimo modo nostrisque legibus probato erga alterum liberalem esse, non autem per iniquitatem, quae aequitatem prae se fert, majus lucrum alteri acquirere);

ingleichen bei

Hermogenianus lib. 4. fideicomm. (l. 14. §. 5. D. ad S. C. Trebell. 36, 1.) und lib. 4. Epit. (l. 11. D. ut in poss. legat. 36, 4.).

Das vierte Princip findet in der Beziehung einer Prävalenz des Gedankens des Disponenten über den Wortsinn der Dispoſition Erwähnung bei

Justinianus in §. 3. J. de leg. 2, 20.:

Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, necessarium esse duximus etc.

ſowie in rein ſachlicher Bezeichnung bei

Carus, Carinus et Numerianus in l. 16. C. de fideicomm. 6, 42.:

In fideicommissis voluntas magis, quam verba pleramque intuenda sunt.

Endlich das fünfte Princip, der Berückſichtigung der Individualität des concreten Verhältniſſes tritt hervor bei

Diocletianus et Maximianus in l. 5. C. si alien. res pign. 8, 16.:

Quum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoraticiae detur;

ſowie in l. 8. C. ad exhib. 3, 42.:

Si vero nec civili nec honorario jure ad te hereditas ejus pertinet, intelligis, nullam te ex ejus pacto, contra quem supplices, actionem stricto jure habere; utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.

Der der vorigen Periode angehörige Begriff der aequitas kehrt endlich in allgemeiner Beziehung auch wieder in Stellen wie bei

Constantinus et Licinius in l. 8. C. de judic. 3, 1.:

Placuit, in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem [630]);

Constantinus in l. 3. C. Th. de legg. 1, 2.:

Ubi rigorem juris placare aut lenire specialiter exoramur, id observetur, ut rescripta ante edictum propositum impetrata suam habeant firmitatem, nec rescripto posteriore derogetur priori. Quae vero postea sunt elicita, nullum robur habeant, nisi consentanea sint legibus publicis; maxime cum inter aequitatem jusque interpositam interpretationem, nobis solis et oportet et licet inspicere.

Justinianus in l. un. §. 2. C. de rei uxor. act. 5, 13.:

Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto jure esse vallatam et non ex bona fide descendere.

Neben dieſer durch die rechtliche Anſchauung der vorigen Periode bedingten Auffaſſung bekundet ſich jedoch die aequitas des gegenwärtigen Zeitalters auch in ganz neuen, bisher noch nicht hervorgehobenen Punkten: es treten nunmehr auch die dem gegenwärtigen Zeitalter eigenen Rechtsideen, die in einem organiſchen Zuſammenhange mit der Rechtsproduction ſelbſt ſtehen, in ein-

630) Die aequitas der vorigen Perioden iſt hier zur justitia geworden, und die justitia jener als reine stricti juris ratio verblieben.

zelnen Punkten ſchärfer und beſtimmter, wie auch allgemeiner und in generelleren Poſtulaten zu Tage, ſo in den Sätzen:

Das vom Vater bei deſſen Lebzeiten den Kindern in liberaler Weiſe Gegebene verbleibt den Letzteren auch nach dem Tode des Erſteren, bei:

Diocletianus et Constantius in fr. Vat. §. 281.:

Pater in filium, quem in potestate habet, conferens ipso jure donationem non facit; sed ex praeceptis statutorum recepta humanitate placuit, si in eodem judicio perseverans in fatum concesserit, liberalitatem ejus salva lege Falcidia probari;

Justinianus in l. 12. C. comm. utr. 3, 38. [aequitatis rationes] und l. un. §. 11. C. de rei ux. act. 5, 13.;

ferner in dem Satze, daß demjenigen, welcher bei proceſſualiſcher Geltendmachung eines Rechtes eine affirmative Behauptung aufſtellt, nicht aber dem Verpflichteten und Regirenden das onus probandi obliege, wie bei

Constantinus in l. 1. C. Th. de fid. test. 11, 39.:

Etsi veteris juris definitio et retro principum rescripta in judicio petitori ejus rei, quam petit, necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et justitia moti jubemus, ut, si quando talis emerserit caussa, in primordio, juxta regulam iuris, petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars ejus in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi unde possideat;

Honorius et Theodosius in l. un. C. Th. de pec. sequ. proh. 2, 28.:

Quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat: oportet enim debitorem primo convinci et sic solutioni succumbere. Quam rem cum juris ratio, tum ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum afferat debitoremque convincat pecuniam petiturus etc.

wozu vergl. Diocletianus et Maximianus in l. 10. C. de non num. pec. 4, 30. u. l. 23. C. de probat. 4, 19. (ſ. §. 98.) in Verbindung mit §. 100.;

ſodann in der Tendenz einer Gleichſtellung des weiblichen mit dem männlichen Geſchlechte bezüglich des Erbrechtes bei

Justinianus in l. 4. C. de liber. praeter. 6, 28.:

Maximum vitium antiquae subtilitatis praesente lege corrigimus, quae putavit, alia esse jura observanda in successione

parentum, si ex testamento veniant, in masculis et alia in feminis;

und in l. 14. pr. C. de legit. hered. 6, 58. [subtilitas], wozu vergl. Nov. XVIII. c. 5. LXXXIX. c. 12, §. 5. (ſ. §. 98.) in Verbindung mit §. 100;

nicht minder in der Auffaſſung jeder geſetzlichen Form der Rechtsgeſchäfte als subtilitas, wie bei

Justinianus in l. 31. C. de testam. 6, 23.:

Et ab antiquis legibus et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est, et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Quum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta sit, homines rusticani et quibus non est litterarum peritia, quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus. — Quod igitur quisque rusticus sic, ut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omni modo, legum subtilitate remissa, firmum validumque consistat;

ſowie in l. 32. C. de fideicomm. 6, 42.:

Quum enim res per testium solennitatem ostenditur, tunc et numerus testium et nimia subtilitas requirenda est.

Endlich in dem Principe der Uebertragung der Obligation auf die Erben, wie bei

Justinianus in l. 13. C. de contr. et committ. 8, 38.:

Veteris juris altercationes decidentes generaliter sancimus, omnem stipulationem sive in dando sive in faciendo, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et ad heredes, et contra heredes transmitti, sive specialis heredum fiat mentio sive non. Cur enim quod in principalibus personis justum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur? Et sic existimentur hujusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dando fuerint conceptae, quum nihilominus et heredes factum possint adimplere; illa subtili et supervacua scrupulositate explosa, per quam putabant, non esse possibile factum ab alio compleri, quod alii impositum est. Et quare, quum paene similis omnium hominum natura est, non etiam facta omnes vel plus, vel paulo minus adimplere possint, ne ex hujusmodi subtilitate cadant hominum voluntates?

namentlich in Erwägung der Richtung, welche die Rechtsbildung in dieſer Beziehung einſchlug[361]).

Allein nicht minder häufig begegnen wir einem vollkommen vagen und unbeſtimmten Begriffe der aequitas, dem eine leitende Idee kaum zu Grunde liegen mag, wie bei

Diocletianus et Maximianus in fr. Vat. §. 292. [juris atque aequitatis ratio]; Honorius et Theodosius in l. 16. C. Th. de censit. 13, 11. [aequitatis ratio]; Leo et Anthemius in l. 32. C. de episc. 1, 3. [subtilitas juris]; Justinianus in l. 32. C. de fideic. 6, 42. [aequitatis ratio].

Oder die aequitas vertritt lediglich einen ſpeciellen Satz, der in einem allgemeinen Rechtsprincipe nicht wurzelt, ſondern lediglich als Ausdruck einer Sonderanſchauung ſich darſtellt; ſo bei

Diocletianus et Maximianus in l. 14. C. de transact. 2, 4. [aequitatis ratio]; Aurelius in c. 1. C. Hermog. de jur. fisc. 3. [aequitatis ratio]; Constantinus in l. 1. C. Th. quemadm. num. 12, 5. [aequitatis ratio]; Julianus in l. 4. C. Th. de medic. 13, 3. [ratio aequitatis]; Arcadius et Honorius in l. 5. pr. C. Th. de metat. 7, 8. [iniquitas — aequitas atque justitia]; Leo et Anthemius in l. 5. C. de bon. quae liber. 6, 61.; Justinianus in l. 13. §. 7. C. de judic. 3, 1. [aequitatis ratio] und in l. 19. C. de fid. instrum. 4, 21. [ratio aequitatis].

Mit dieſem Herabſteigen der aequitas aus dem Gebiete der allgemeinen Vorſtellung und des generellen Principes auf den Standpunkt der concreten Anſchauung und der ſich vereinzelnden und ſpeciellen Regel ſteht aber gleichzeitig in innigſter Verbindung das Verhalten der Rechtsbildung dieſer Periode gegen das von Alters überlieferte Recht: die dem Letzteren angehörigen Rechtsſätze, welche als Conſequenzen aus höheren Dogmen ſich ergeben, in denen die frühere Zeit leitende Principien anerkannte, werden als müßige Subtilität verworfen, ohne daß man zu einem wahren Verſtändniſſe jener Sätze gelangte und deren allgemeine Beziehungen zu würdigen, wie deren hiſtoriſchen Grundlagen und Vorausſetzungen zu erkennen vermocht hätte. Namentlich Juſtinian, berauſcht von dem Weihrauche, den er ſelbſt,

361) Vergl. Schilling, Inſt. §. 260. fin.

wie ſeine Zeit, in reicher Freigebigkeit ſeinen wahrhaften legislatoriſchen Verdienſten ſpendete, erhöht mehrfach durch eine ſelbſtgefällige Hervorhebung der contraſtirenden subtilitas des Alterthumes den Glanz ſeiner eigenen Rechtsſchöpfungen, ſo namentlich in l. 2. §. 1. C. de constit. pec. 4, 18.; l. 30. C. de. jur. dot. 5, 12.; l. 1. C. comm. de leg. 6, 43.; l. 15. §. 1. C. de legit. her. 6, 58.; l. un. C. de nud. jur. Quir. 7, 25.

In der Geſammtheit dieſes von uns dargelegten Materiales offenbart ſich aber zugleich das Dritte der im Eingange des gegenwärtigen Paragraphen hervorgehobenen characteriſtiſchen Merkmale der aequitas dieſer dritten Periode: die aequitas verliert in dem gegenwärtigen Zeitraume das beſtimmte Bewußtſein, welches ſie während der früheren Perioden auszeichnete, und nimmt theils eine vollkommen vage und unbeſtimmte Beziehung an, theils fällt ſie in zahlreiche einzelne Punkte auseinander, die nicht mehr durch gemeinſame leitende Grundideen verbunden erſcheinen; theils endlich tritt ſie zwar in einzelnen beſtimmten und weitergreifenden Principien zu Tage, allein hier wiederum nur in der Modalität, daß deren Vertretung lediglich eine mehr vereinzelte und ſporadiſche iſt, welche weit entfernt iſt von jener Geſchloſſenheit, zu welcher durch eine vielſeitige und häufig wiederkehrende Verfolgung der gemeinſamen leitenden Ideen die Juriſten der vorigen Periode verbunden erſcheinen. Die Gründe aber jener Erſcheinungen ſind darin zu ſuchen, daß zunächſt die ſucceſſive, wie ſimultane Allgemeinheit in Vertretung der nämlichen leitenden Rechtsprincipien mangelt, welche während der früheren Perioden den Ideengang der Rechtsbildung trotz der großen Zahl ihrer Träger in jedem einzelnen ihrer Organe, wie auch während des Verlaufes mehrerer Jahrhunderte in allen einzelnen Zeittheilen beſtimmen, da vielmehr in der gegenwärtigen Periode eine Verſchiedenheit der maaßgebenden Grundideen, wie eine Unſtetigkeit und ein Schwanken in denſelben zu Tage tritt. Sodann iſt aber auch ein weiterer mitwirkender Grund jener Erſcheinungen darin zu erblicken, daß der Rechtsbildung dieſer Periode jene Energie und Conſequenz in dem Streben auf Realiſirung der einmal zur Herrſchaft in der Anſchauung berufenen allgemeinen leitenden Principien mangelt, in Folge deren während der früheren Perioden die betreffenden Principien als

die elementären Baſen erſcheinen, die den Rechtsbildungsproceß in allen ſeinen Phaſen, wie nach allen Richtungen hin unwandelbar beſtimmen und regeln, da vielmehr in dem gegenwärtigen Zeitraume der Gegenſatz von aequitas und jus entweder nur in concreter und gelegentlicher Anſchauung als ein beſonderer, in einem iſolirten Punkte und als vereinzelter Gedanke in das Bewußtſein tritt, oder aber, inſoweit jener Gegenſatz in einem Widerſtreite der Principien ſelbſt erkannt wird, doch nur in einem einzelnen, der Anſchauung jeweilig ſich darbietenden Punkte auf die Rechtsbildung beſtimmend einwirkt.

§. 100.

Verhältniß zwiſchen jus naturale und aequum. Jus gentium.

Bezüglich des Verhältniſſes zwiſchen jus naturale und aequum pflanzt ſich auf das gegenwärtige Zeitalter unverändert jene Anſchauung fort, welche wir in der vorigen Periode von Paulus zum Syſteme verarbeitet und theoretiſch ausgeſprochen, von der Mehrzahl der römiſchen Juriſten aber vielfach in einzelnen Punkten kundgegeben und in practiſcher Anwendung durchgeführt fanden, die Annahme nämlich einer Identität der Gebote des jus naturale und der aequitas. Dieſe Auffaſſung ſelbſt aber tritt in mehrfacher Modalität zu Tage, und zwar zunächſt in der Weiſe, daß das aequum im Allgemeinen als Product der natura oder naturalis ratio hingeſtellt wird. Zeugniſſe hierfür bieten nun zwar die juriſtiſchen Quellen dieſer Periode um ſo weniger dar, als derartige theoretiſche Ausſprüche der kaiſerlichen Rechtsbildung im Allgemeinen fern lagen; wohl aber finden wir dergleichen bei Servius in Aen. II, 426:

> Justum secundum leges aliqua ratione constructum (Burm. constrictum), aequum juxta naturam accipiunt;

ſowie Boëth. ad Cic. Top. 5, 28. p. 321. Or.:

> Aequitas est quod naturalis ratio persuasit.

Immerhin aber offenbart ſich in den der kaiſerlichen Rechtsbildung anheimfallenden Stellen jene Uebereinſtimmung nicht allein darin, daß die nämlichen Principien, welche der aequitas überwieſen werden, zugleich auch in dem jus naturale wiederkehren, wofür die betreffenden Belege bereits in §. 99. von uns auf-

geführt ſind, ſondern namentlich auch darin, daß in ein und derſelben Conſtitution der nämliche Satz zugleich auf das jus naturale und die aequitas zurückgeführt wird, wofür Belege bieten:

Leo et Anthemius in l. 5. C. de bon. quae lib. 6, 61.:

> Quia consequens est, ambiguas — — causas benigne atque naturalis juris moderamine temperare, non piget nos in praesente quoque negotio — — aequitati convenientem — opinionem sequi;

ſowie Justinianus in l. 30. C. de jur. dot. 5, 12., l. 14. pr. C. de legit. hered. 6, 58., l. 13. C. de contr. et comm. 8, 38. (ſ. §. 99.), wie in mehr allgemeiner Haltung in l. un. C. rei uxor. 5, 13.

So nun dürfen wir dem gegenwärtigen Zeitalter die gleiche Auffaſſung der Stellung der aequitas zum jus naturale beilegen, welche wir bereits für die vorige Periode anerkannten: die aequitas erſcheint als die aus dem Inneren des Menſchen hervortretende, die Lebensverhältniſſe regelnde Norm, und entſpricht zugleich in ihren Anforderungen denjenigen Geſetzen, welche die der natura rerum inliegende ratio offenbart, daher das Product der Letzteren, das jus naturale, zugleich als Gebot der aequitas, als aequum, ſich darſtellt.

Nach Feſtſtellung dieſes Verhältniſſes bleibt nun allein die Frage noch zu erledigen, welche Geſtaltung die Lehre vom jus gentium in der gegenwärtigen Periode gewann, und indem wir dieſem letzten Punkte unſerer Aufgabe uns zuwenden, ſo begegnen wir am Eingange dieſer Periode einer theoretiſchen Darſtellung jener Lehre bei Hermogenianus lib. 1. Epit., deren Spuren wir in l. 5. D. de J. et J. 1, 1. vorfinden in den Worten:

> Ex hoc jure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae, exceptae quibusdam, quae jure civili introducta sunt;

während Serv. in Aen. I, 540. den Satz uns überliefert:

> Occupantis est enim possessio litoris. Litus enim jure gentium commune omnibus fuit et occupantis solebat ejus esse possessio.

Wenn nun dieſe allerdings höchſt dürftigen Zeugniſſe doch immerhin zu der Annahme berechtigen, daß die Theorie der vergangenen Periode auch in dem gegenwärtigen Zeitalter noch in der Erinnerung fortlebte, ſo finden wir doch andrerſeits, daß die kaiſerliche Rechtsbildung ſelbſt das jus gentium vollſtändig mit Stillſchweigen übergeht, ja ganz unzweideutig ſogar von der Theorie der vorhergehenden Periode ſich losſagt. Denn nicht allein, daß die Conſtitutionen der Kaiſer meines Wiſſens nirgends den Begriff des jus gentium auch nur andeuten, ſo machen wir vielmehr die Wahrnehmung, wie ganz im Gegentheil die Legislation es gefliſſentlich vermeidet, jenen Begriff in den Kreis ihres Gedankenganges hereinzuziehen, indem bei allen denjenigen Erörterungen, wo die Juriſten der früheren Zeiten es nie unterließen, auf das jus gentium ſich zu berufen, die Kaiſer vollſtändig von einer entſprechenden Deduction ſich fern halten, eine Thatſache die namentlich in Juſtinian's Nov. 74. c. 1., 89. c. 1. pr., c. 9. pr. (ſ §. 98.) ganz unverholen zu Tage tritt, indem Juſtinian in dieſen Conſtitutionen den Lehrſatz einer uranfänglichen und für Alle gleichen Freiheit wiederholt, die Entſtehung der Sclaverei aber lediglich den hostes und dem Kriege überweiſt, ohne dabei, wie dies durch die Tradition der zweiten Periode nahe gelegt war, des jus gentium als des die Sclaverei begründenden Rechtes zu gedenken.

Dieſe Thatſache haben wir in ganz natürlicher und einfacher Weiſe daraus zu erklären, daß das jus gentium in der von Alters her überlieferten, durch hiſtoriſche Rechtsbildung gegebenen Weſenbeſtimmung eines jus commune omnium hominum, ſomit das allein practiſch wirkſame und folgenreiche, empiriſche und poſitive jus gentium für die gegenwärtige Periode in Folge der eingetretenen Veränderungen der bezüglichen Verhältniſſe ſeine unmittelbare und wirkliche Bedeutung faſt vollſtändig verloren hatte und in Folge deſſen für ſeine Erwähnung in den kaiſerlichen Conſtitutionen keine Veranlaſſung ſich bot, der ſpeculative Begriff des jus gentium aber neben oder in der Lehre vom jus naturale nicht allein vollkommen überflüſſig und entbehrlich war, ſondern auch in Folge der mannichfachen, offen zu Tage tretenden Irrthümer, Willkührlichkeiten und Inconſequenzen, deren die vorhergehende Periode bezüglich ſeiner ſich ſchuldig gemacht

hatte, als eine Quelle der offenbarſten Begriffsverwirrung ſich darſtellen, in Folge deſſen aber auch planmäßig von der Lehre vom jus naturale fern gehalten werden mußte.

Die Erkenntniß dieſer Thatſache bietet uns zugleich die Erklärung der in §. 98. hervorgehobenen Erſcheinung, daß, trotzdem wir dem gegenwärtigen Zeitalter keineswegs eine höhere Befähigung zu logiſcher, wie metaphyſiſcher Analyſe oder ein vollkommneres Bewußtſein der Vorſtellungen, wie höhere Klarheit und Deutlichkeit der Begriffe zuſprechen können, dennoch daſſelbe dahin gelangte, den Begriff des jus naturale in ſeiner ungetrübten Reinheit zu erfaſſen und namentlich von dem alle weiteren Verirrungen nothwendig reſultirenden Beſtreben ſich fern zu halten, dem jus naturale eine unmittelbare practiſche Bedeutung für den rechtlichen Verkehr abzugewinnen, und eine thatſächliche und wirkliche bindende Kraft für die bürgerliche Geſellſchaft zu erringen.

So nun gewinnen wir als Reſultat unſerer Betrachtung der rechtsbildenden Thätigkeit der gegenwärtigen Periode, wie ſolche in den Conſtitutionen der Kaiſer ſich offenbart: daß die juriſtiſche Anſchauung dieſes Zeitalters aequitas und jus naturale in deren Poſtulaten zuſammenfallen und in dieſer Uebereinſtimmung in mannichfachen Erſcheinungsformen zu Tage treten läßt, daß dagegen das jus gentium vollſtändig aus der Reihe der maaßgebenden Lehrbegriffe heraustritt, — eine Thatſache, welche von hoher Wichtigkeit für die richtige Beurtheilung der Inſtitutionen und Digeſten Juſtinian's anzuſehen iſt.

§. 101.

B. Inſtitutionen und Digeſten Juſtinian's.

Indem wir die Geſtaltung der von uns erörterten Lehren in den Inſtitutionen und Digeſten in's Auge faſſen und hier eine Reproduction des jus naturale, aequum et bonum und jus gentium vorfinden, welche dadurch vermittelt wird, daß unter Compilation der Quellen der vorhergehenden Periode die Ausſprüche eines Gajus, wie Ulpianus, eines Marcianus, wie Paulus aneinandergefügt, gleichzeitig jedoch auch wiederum dadurch innerlich verbunden und transſubſtantiirt werden, daß

Wenn nun dieſe allerdings höchſt dürftigen Zeugniſſe doch immerhin zu der Annahme berechtigen, daß die Theorie der vergangenen Periode auch in dem gegenwärtigen Zeitalter noch in der Erinnerung fortlebte, ſo finden wir doch andrerſeits, daß die kaiſerliche Rechtsbildung ſelbſt das jus gentium vollſtändig mit Stillſchweigen übergeht, ja ganz unzweideutig ſogar von der Theorie der vorhergehenden Periode ſich losſagt. Denn nicht allein, daß die Conſtitutionen der Kaiſer meines Wiſſens nirgends den Begriff des jus gentium auch nur andeuten, ſo machen wir vielmehr die Wahrnehmung, wie ganz im Gegentheil die Legislation es gefliſſentlich vermeidet, jenen Begriff in den Kreis ihres Gedankenganges hereinzuziehen, indem bei allen denjenigen Erörterungen, wo die Juriſten der früheren Zeiten es nie unterließen, auf das jus gentium ſich zu berufen, die Kaiſer vollſtändig von einer entſprechenden Deduction ſich fern halten, eine Thatſache die namentlich in Juſtinian's Nov. 74. c. 1., 89. c. 1. pr., c. 9. pr. (ſ §. 98.) ganz unverholen zu Tage tritt, indem Juſtinian in dieſen Conſtitutionen den Lehrſatz einer uranfänglichen und für Alle gleichen Freiheit wiederholt, die Entſtehung der Sclaverei aber lediglich den hostes und dem Kriege überweiſt, ohne dabei, wie dies durch die Tradition der zweiten Periode nahe gelegt war, des jus gentium als des die Sclaverei begründenden Rechtes zu gedenken.

Dieſe Thatſache haben wir in ganz natürlicher und einfacher Weiſe daraus zu erklären, daß das jus gentium in der von Alters her überlieferten, durch hiſtoriſche Rechtsbildung gegebenen Weſenbeſtimmung eines jus commune omnium hominum, ſomit das allein practiſch wirkſame und folgenreiche, empiriſche und poſitive jus gentium für die gegenwärtige Periode in Folge der eingetretenen Veränderungen der bezüglichen Verhältniſſe ſeine unmittelbare und wirkliche Bedeutung faſt vollſtändig verloren hatte und in Folge deſſen für ſeine Erwähnung in den kaiſerlichen Conſtitutionen keine Veranlaſſung ſich bot, der ſpeculative Begriff des jus gentium aber neben oder in der Lehre vom jus naturale nicht allein vollkommen überflüſſig und entbehrlich war, ſondern auch in Folge der mannichfachen, offen zu Tage tretenden Irrthümer, Willkührlichkeiten und Inconſequenzen, deren die vorhergehende Periode bezüglich ſeiner ſich ſchuldig gemacht

hatte, als eine Quelle der offenbarſten Begriffsverwirrung ſich darſtellen, in Folge deſſen aber auch planmäßig von der Lehre vom jus naturale fern gehalten werden mußte.

Die Erkenntniß dieſer Thatſache bietet uns zugleich die Erklärung der in §. 98. hervorgehobenen Erſcheinung, daß, trotzdem wir dem gegenwärtigen Zeitalter keineswegs eine höhere Befähigung zu logiſcher, wie metaphyſiſcher Analyſe oder ein vollkommneres Bewußtſein der Vorſtellungen, wie höhere Klarheit und Deutlichkeit der Begriffe zuſprechen können, dennoch daſſelbe dahin gelangte, den Begriff des jus naturale in ſeiner ungetrübten Reinheit zu erfaſſen und namentlich von dem alle weiteren Verirrungen nothwendig reſultirenden Beſtreben ſich fern zu halten, dem jus naturale eine unmittelbare practiſche Bedeutung für den rechtlichen Verkehr abzugewinnen, und eine thatſächliche und wirkliche bindende Kraft für die bürgerliche Geſellſchaft zu erringen.

So nun gewinnen wir als Reſultat unſerer Betrachtung der rechtsbildenden Thätigkeit der gegenwärtigen Periode, wie ſolche in den Conſtitutionen der Kaiſer ſich offenbart: daß die juriſtiſche Anſchauung dieſes Zeitalters aequitas und jus naturale in deren Poſtulaten zuſammenfallen und in dieſer Uebereinſtimmung in mannichfachen Erſcheinungsformen zu Tage treten läßt, daß dagegen das jus gentium vollſtändig aus der Reihe der maaßgebenden Lehrbegriffe heraustritt, — eine Thatſache, welche von hoher Wichtigkeit für die richtige Beurtheilung der Inſtitutionen und Digeſten Juſtinian's anzuſehen iſt.

§. 101.

B. Inſtitutionen und Digeſten Juſtinian's.

Indem wir die Geſtaltung der von uns erörterten Lehren in den Inſtitutionen und Digeſten in's Auge faſſen und hier eine Reproduction des jus naturale, aequum et bonum und jus gentium vorfinden, welche dadurch vermittelt wird, daß unter Compilation der Quellen der vorhergehenden Periode die Ausſprüche eines Gajus, wie Ulpianus, eines Marcianus, wie Paulus aneinandergefügt, gleichzeitig jedoch auch wiederum dadurch innerlich verbunden und transſubſtantiirt werden, daß

die betreffenden Excerpte nicht mehr durch die theilweis völlig divergirenden leitenden Ideen ihrer Urheber, ſondern von dem Gedanken und der Anſchauungsweiſe Juſtinian's [632]), in Wahrheit aber des Tribonian und ſeiner Mitarbeiter beherrſcht erſcheinen, ſo haben wir, bevor wir auf die Unterſuchung im Einzelnen eingehen, als einen Moment, welcher bei der Orientirung von Wichtigkeit iſt, hervorzuheben, wie im Allgemeinen jede Compilation, namentlich aber von dem Umfange der Inſtitutionen und Digeſten, der naheliegenden Gefahr entgegenzuſtreben hat, daß die eigene leitende Idee des Compilator inmitten des wechſelnden Stromes fremder Gedanken, die vor dem geiſtigen Auge in raſcher Folge vorübergleiten, fortgetrieben werde nach der Richtung, welche der jeweilig angeſchaute fremde Ideengang nimmt. Dieſe Erwägung führt zwar bereits a priori zu der Vorausſetzung, daß wir in Bezug auf unſere Lehren im Einzelnen mancherlei Unklarheiten und Unebenheiten vorfinden werden; allein immer lehrt eine Prüfung der Theorie der Digeſten und Inſtitutionen, daß wir den Vorwurf als ungegründet zurückzuweiſen haben, welchen Savigny, Syſtem I. p. 419. gegen Tribonian und Genoſſen ausſpricht, daß nämlich das Verfahren derſelben bei Abfaſſung der Inſtitutionen (in ähnlicher Weiſe jedoch auch bei Abfaſſung der Digeſten) bezüglich der Lehre vom jus gentium und jus naturale ein völlig gedankenloſes geweſen ſei.

Indem wir uns nun zunächſt zur Lehre vom jus gentium und jus naturale wenden, ſo wird dieſes Gebiet beherrſcht von einem dreifältigen Eintheilungsgrunde: 1. der maaßgebenden Qualität des Subjectes, auf welcher die Herrſchaft des Rechtes über daſſelbe beruht; 2. der nationalen Gültigkeit des Rechtes; 3. der materialen Quelle des Letzteren. Auf dieſe drei verſchiedenen Eintheilungsgründe werden nun zwei Claſſificationen des Rechtes geſtützt in der Weiſe, daß nach Maaßgabe des erſten derſelben die eine Claſſification gebildet wird, die beiden letzten dagegen als coincidirend vorausgeſetzt, ſomit ſelbſt verbunden und demgemäß der zweiten Claſſification gleichmäßig unterbreitet werden. Auf dieſe beiden Eintheilungen ſtützt ſich

632) Vergl. Conſt. Δέδωκεν §. 10.

ſodann die Theorie der fraglichen beiden Lehren in den Digeſten ſowohl, wie in den Inſtitutionen; allein in der Ausführung dieſer Theorie waltet wieder der Unterſchied ob, daß nur in den Digeſten jene beiden Eintheilungen geſondert und ſelbſtſtändig neben einander vorgetragen, in den Inſtitutionen dagegen Beide wiederum äußerlich verbunden und zuſammengezogen werden.

Zunächſt nun wenden wir uns zur Darſtellung unſerer Lehre in den Digeſten, in denen die einſchlagende Theorie in tit. de just. et jur. 1, 1. gegeben iſt, und zwar zuvörderſt

A. zur Erſten jener beiden Claſſificationen, welche in l. 1. §. 2. — l. 8. ſich vorfindet und folgendermaaßen lautet: das jus privatum beſteht aus praecepta, welche theils naturalia, theils gentium, theils civilia ſind. Das Gebot der Erſten heißt jus naturale und characteriſirt ſich als Recht, quod natura omnia animalia docuit; das Gebot der Anderen heißt jus gentium und erſcheint als Recht. quo gentes humanae utuntur; die Vorſchrift der praecepta civilia endlich ergiebt das jus civile, welches ein jus proprium, nämlich civitatis iſt [633]). Dieſe Eintheilung iſt ſonach ganz offenbar beſtimmt durch den oben angegebenen erſten Eintheilungsgrund: der maaßgebenden Qualität des Subjectes, auf welche die Herrſchaft des Rechtes über daſſelbe ſich ſtützt, und weiſt ſomit hin auf die Begriffsreihe von animalia, gentes humanae und civitas, oder vielmehr von animal, homo und civis. Demnach beherrſcht das jus naturale das Rechtsſubject in ſeiner Eigenſchaft als animal d. i. als beſeeltes Weſen, daher ebenſowohl den Menſchen (das humanum genus), wie das Thier (cetera quoque animalia, feras etiam, l. 1. §. 3. D. h. t.), und hierin allein liegt das durch den Eintheilungsgrund weſentlich bedingte Merkmal des Begriffes von jus naturale, während deſſen Gebotenſein durch die natura lediglich als erklärender Zuſatz ſich verhält.

Das jus gentium ſodann beherrſcht das Rechtsſubject in ſeiner Eigenſchaft als homo, daher es auch den civis ſeiner Satzung unterordnet. Indem nun dieſes Recht vornämlich in ſeinem Verſchiedenſein vom jus naturale beſonders aufgefaßt wird,

633) l. 1. §. 2. — 4. l. 6. §. 1. D. h. t.

ſo wird es demgemäß theils als jus humani generis proprium (l. 1. §. 3. D. h. t.) oder als solis hominibus inter se commune (l. 1. §. 4. D. h. t.) beſonders hervorgehoben, während das jus naturale als jus omnibus animalibus commune ihm gegenübergeſtellt wird (l. 1. §. 3. 4. D. h. t.), theils wird auch darauf hingewieſen, daß und in Folge welchen Umſtandes dem jus gentium ein von dem jus naturale verſchiedener Inhalt zukömmt (l. 1. §. 4. D. h. t.: quod a naturali recedere inde facile intelligere licet). Dagegen eine gleichmäßige beſondere Gegenüberſtellung des jus gentium zum jus civile iſt nicht gegeben.

Endlich das jus civile erſcheint als Recht, welches ſeine Herrſchaft über das Subject auf deſſen Eigenſchaft als civis ſtützt. Dieſes Recht wird wiederum in ſeinem Gegenſatze zum jus naturale ſowohl, wie zum jus gentium beſonders in's Auge gefaßt, und hierauf beruht theils die Bezeichnung jus proprium, theils die ganz willkührliche Begriffsbildung des Gegenſatzes jus commune, als Inbegriffes des jus naturale und jus gentium, theils endlich die Berückſichtigung des Verhaltens der Satzungen des jus civile zu den Geboten dieſes jus commune (l. 6. pr. D. h. t.: nec in totum recedit, nec per omnia servit).

B. Die zweite Claſſification, welche in l. 9. D. h. t. ſich vorfindet, geht aus ebenſowohl von dem Geſichtspunkte der comparativen Jurisprudenz, wonach das Recht in ein national-univerſelles und in ein national-particuläres zerfällt, wie gleichzeitig auch von der Betrachtung der materialen Quelle des Rechtes, wonach der eine Theil des Letzteren auf die naturalis ratio, der andere Theil deſſelben aber auf die ſtoffbildende Thätigkeit des betreffenden populus, oder auch, wie weiterhin in verſchiedenen Stellen der Digeſten geſagt wird, auf die civilis ratio zurückgeführt wird. So nun gewinnt Tribonian als die Glieder dieſer combinirten Eintheilung einerſeits das jus civile, welches ebenſowohl ein jus proprium cujusque civitatis, wie ein jus quod quisque populus ipse sibi (oder quod civilis ratio inter cives cujusque civitatis) constituit, wie andrerſeits das jus gentium, welches ebenſowohl ein jus iſt, quod apud omnes (gentes) custoditur [oder ein jus commune omnium hominum, oder ein jus quo omnes gentes utuntur], wie ein jus quod naturalis

ratio inter omnes homines constituit. Mit Rückſicht auf dieſes Hervorgehen aus der naturalis ratio wird nun dieſes jus gentium in verſchiedenen Stellen der Digeſten auch jus naturale genannt [634]).

Sonach beruht die Theorie Tribonian's vom jus naturale, jus gentium und jus civile auf jener doppelten Claſſification, welche wir unter A. und B. hinſtellten, und dieſe Wahrnehmung wird gegen Zweifel geſichert ebenſowohl durch eine unbefangene Betrachtung des erſten Titels der Digeſten, wie namentlich auch durch die entſprechende Haltung jener Lehren bei Theophilus, auf deſſen hohe Wichtigkeit für die Beurtheilung der Inſtitutionen und Digeſten wir bereits hinwieſen.

Beide Claſſificationen ſind nun zunächſt verſchieden in Folge des verſchiedenen Eintheilungsgrundes, der, wie dies unſere obige Darſtellung ergiebt, je bei beiden maaßgebend iſt. Allein daneben erſcheinen Beide auch inſofern verſchieden, als der Begriff ſelbſt von jus, deſſen Umfang determinirt werden ſollte, von Vorn herein als ein verſchiedener von Tribonian ſtatuirt worden zu ſein ſcheint. Denn da die Claſſification unter B. das jus in's Auge faßt, quo populi utuntur (l. 9. D. h. t.), die Claſſification unter A. dagegen das jus, welches iſt die ars boni et aequi (l. 1. pr. D. h. t.) und welches der vera philosophia überwieſen wird (l. 1. §. 1. D. h. t.), ſo wird hiermit die Annahme gerechtfertigt, daß die Eintheilung unter B. das empiriſche und poſitive, ſomit das wahre und wirkliche Recht determiniren ſoll' dagegen die Claſſification unter A. die Sphäre des philoſophiſchen Rechtsbegriffes, d. i. das durch die Speculation gegebene, an ſich nur in potentia gültige jus, ſomit jenes jus, welches von uns gar nicht als wahres Recht, ſondern lediglich als Stoff für künftige Rechtsbildung anerkannt wird. Dieſer Annahme ſteht nun allerdings entgegen, daß Tribonian jene Scheidung von empiriſchem und ſpeculativem jus weder bei Anwendung ſeiner Theorie im Einzelnen, noch auch (worauf weiter unten noch beſonders zurückzukommen ſein wird) bei den in Frage ſtehenden beiden Claſſificationen ſelbſt ſtreng feſtgehalten und conſequent berückſichtigt hat. Allein dennoch legen wir dieſer Erſcheinung

634) Die Belege ſiehe Note 436—439.

nicht das Gewicht bei, unſere obige Vorausſetzung von der Annahme eines zwiefachen Rechtsbegriffes Seitens Tribonian's zu entkräften, indem wir vielmehr von der Anſicht ausgehen, daß Tribonian bei jenem inconſequenten Aufgeben der vorausgeſetzten Diſtinction durch den Gedankengang der von ihm compilirten Quellen beſtimmt worden und ſo der Herrſchaft einer Ideenrichtung unterlegen ſei, welche mit ſeiner eigenen Anſchauung keineswegs in vollkommener Uebereinſtimmung ſtand Sehen wir ſelbſt nun von der dem Tribonian beigemeſſenen Diſtinction eines empiriſchen und ſpeculativen jus mit der von jenem beliebten Willkühr wiederum ab, ſo gewinnen wir, ſobald wir die Eintheilungsglieder jener beiden Claſſificationen mit Rückſicht auf ihren Umfang vergleichend neben einander ſtellen, das Reſultat, daß das jus civile beider Eintheilungen die nämliche und gleiche Sphäre umfaßt, dagegen das jus gentium oder jus naturale der Eintheilung unter B. das jus gentium und jus naturale der Eintheilung sub A. unter ſich begreift.

Indem wir uns hiernächſt zur Theorie der Inſtitutionen wenden, welche ſich in pr. — §. 2. J. de jur. nat. 1, 2. in Verbindung mit §. 4. J. de J. et J. 1, 1. vorgetragen findet, ſo wird hier ebenfalls alles jus auf die praecepta naturalia, gentium und civilia zurückgeführt; ſodann wird das jus naturale als jus quod natura omnia animalia docuit, characteriſirt, das jus gentium aber theils als jus commune omnium hominum (oder als jus quod apud omnes populos peraeque custoditur, oder quo omnes gentes utuntur), theils als jus quod naturalis ratio inter omnes homines constituit; endlich das jus civile theils als jus civitatis proprium, theils als jus quod quisque populus ipse sibi constituit. In dieſer Claſſification iſt nun der der Eintheilung unter A. angehörige Begriff des jus gentium ausgelaſſen und ſtatt ſeiner das der Eintheilung unter B. angehörige jus gentium, welches auch in den Inſtitutionen als ein aus der naturalis ratio hervorgegangenes Recht jus naturale genannt wird[635]), eingefügt worden, dem entſprechend auch das jus civile diejenige Charakteriſirung erhalten hat, welche ihm in der Eintheilung

635) So insbeſondere §. 41. J. de R. D. 2, 1.: jure gentium i. e. jure naturali; §. 11. J. eod.: jure naturali, quod — — appellatur jus gentium.

unter B. gegeben war. Dieſe Ordnung der Begriffe beruht ſonach darauf, daß die beiden verſchiedenen Eintheilungen, welche in den Digeſten ſelbſtſtändig gegeben und ausgeführt erſcheinen, in den Inſtitutionen zu einer einigen Claſſification zuſammengefügt ſind, — ein Verfahren, welches als willkührlich und unſtatthaft ſich darſtellt und welches lediglich daraus zu erklären iſt, daß bei Abfaſſung der Inſtitutionen allenthalben das Streben nach Kürze und Einfachheit in Behandlung des Stoffes maaßgebend war, eine ſehr üble Anwendung dieſes leitenden Grundſatzes aber zu der angegebenen Combination führte.

Wenden wir uns zur Beurtheilung dieſer in den Digeſten und Inſtitutionen an die Spitze geſtellten Theorien und zur Darlegung der denſelben zur Laſt fallenden Fehler, ſo betreffen die Letzteren theils die Theorie der Inſtitutionen in gleicher Maaße, wie der Digeſten, theils ſind ſie den Inſtitutionen eigenthümlich, indem ſie lediglich durch die nur angegebene Combination bedingt ſind. Zunächſt die Letzteren in's Auge faſſend, ſo haben wir vor Allem hervorzuheben, wie in den Inſtitutionen jene in den Digeſten wahrzunehmende Unterſcheidung des zu determinirenden Begriffes in ein ſpeculatives und empiriſches jus wieder aufgegeben iſt. Allein hierüber trifft die Theorie der Inſtitutionen noch der Vorwurf, daß bezüglich des jus naturale der Geſichtspunkt der comparativen Jurisprudenz, der bei der Weſenbeſtimmung des jus gentium und jus civile maaßgebend iſt, nicht feſtgehalten wird, vielmehr gänzlich aufgegeben iſt; daß ſodann eine Verſchiedenheit der natura, aus der das allen animalia gemeine jus naturale hervorgeht, von der naturalis ratio, als der Quelle des jus gentium, nicht erſichtlich iſt; ſowie daß endlich jenes jus naturale und dieſes jus gentium keineswegs einander ausſchließen, indem vielmehr das Letztere das Erſtere bereits unter ſich begreift.

Somit erſcheint dieſe in den Inſtitutionen gewählte Combination der fraglichen beiden Claſſificationen als willkührlich und fehlerhaft, und das darin zu Tage tretende Streben nach Kürze höchſt unglücklich verwirklicht. Sehen wir indeß ab von dieſer Combination, ſo leiden auch die beiden Claſſificationen an ſich an mehrfachen Mängeln, die auf zwei Grundfehler ſich zurück-

führen laſſen; Fehler, in denen ſelbſt wiederum wir zugleich die Mittelglieder für jene irrige Combination der Juſtitutionen erkennen, inſofern dieſe Letztere gar nicht unternommen werden konnte, ſobald jene beiden Fehler nicht bereits gegeben waren und ſich geltend machten. Dieſe Fehler beſtehen aber darin, daß einestheils gleichlautende Bezeichnungen für verſchiedene Begriffe gewählt wurden: zunächſt der Ausdruck jus gentium, ſowie weiterhin auch die Bezeichnung jus naturale; anderntheils aber namentlich darin, daß Speculation und Empirie wahrheitswidrig mit einander verbunden und regellos vermiſcht werden, indem in beiden Claſſificationen unter jus ebenſowohl das durch die Speculation gegebene Recht: ſomit die reine Rechtsmaterie, die lediglich in potentia gültige Norm, als auch das auf Empirie beruhende Recht: das wahre und wirkliche, actuell gültige Recht verſtanden wird. Zwar erkannten wir, was dieſen letzteren Punkt betrifft, im Obigen an, daß dieſe Scheidung des philoſophiſchen und poſitiven Rechtes von Tribonian mit Rückſicht auf die fraglichen beiden Claſſificationen von Vorn herein ſtatuirt worden ſei; allein unter dem Einfluſſe der Quellen, denen jene Claſſificationen nachgebildet wurden, geſchah es, daß jene Scheidung der Begriffe und die dadurch gegebene Gränzlinie im Einzelnen nicht feſtgehalten, vielmehr die Reinheit der Eintheilung durch Vermiſchung jener beiden Begriffe in den Eintheilungsgliedern ſelbſt wieder aufgehoben und geſtört wurde. Dieſe Begriffsverwirrung äußert ſich aber in der doppelten Weiſe, daß zunächſt in der Eintheilung unter A. ein empiriſches Element dem jus gentium und jus civile beigemiſcht wird, was namentlich darin zu Tage tritt, daß ein Widerſpruch des jus gentium mit dem jus naturale (l. 4. D. h. t.) und ein Widerſpruch des jus civile mit Beiden (l. 6. D. h. t.) zugelaſſen wird, während die Speculation an ſich nothwendig eine einfache Fremdartigkeit der Satzungen dieſer drei Rechte ſtatuiren mußte, und weder eine Gleichheit, noch einen Widerſpruch ihrer Gebote anerkennen durfte. Sodann bezüglich der Eintheilung unter B. äußert ſich jene Begriffsverwirrung darin, daß in der Aufnahme des Eintheilungsgrundes der materialen Quelle des Rechtes ein rein ſpeculativer Geſichtspunkt als maaßgebend anerkannt und feſtgehalten wird. Da indeß bereits durch dieſe Duplicität des Ein-

theilungsgrundes ſelbſt die Verbindung jenes doppelten Elementes für dieſe Claſſification gegeben iſt, ſo würde auch, ſobald man ſich nur beſcheidet, daß dieſe Eintheilung eben jenem doppelten Gebiete der Speculation und Empirie angehöre, die Verbindung dieſer beiden Elemente einen weiteren Vorwurf nicht finden können, wenn nicht jene Verbindung an ſich ſchon eine wahrheitswidrige wäre. Denn das Zuſammentreffen der nationalen Gemeingültigkeit des Rechtes und ſeines Hervorgehens aus der naturalis ratio waltet in Wirklichkeit nicht durchgreifend und ausnahmelos ob, vielmehr iſt ein Auseinanderfallen beider Merkmale in einzelnen Normen dadurch mit innerer Nothwendigkeit bedingt, daß die Rechtsbildung der verſchiedenen Nationen mit den Anforderungen der Rechtsanſchauung der Träger jener Theorie nicht vollſtändigſt harmonirte. Demgemäß ſehen wir auch in der That den hierdurch bedingten Widerſpruch mit jener Theorie in den Digeſten ſowohl, wie in den Inſtitutionen hervortreten, inſofern in der Anwendung jener Begriffe mitunter eine andere Anſicht ſich geltend macht, als die obige Theorie erfordert, ſomit aber die wiſſenſchaftliche Ausführung im Einzelnen mehrfach von jener Theorie abweicht.

Die Fälle ſolchen Widerſpruches laſſen ſich auf zwei verſchiedene Claſſen zurückführen, inſofern nämlich jenes inconſequente Aufgeben der Theorie theils darin zu Tage tritt, daß die Uebereinſtimmung von jus gentium oder jus naturale mit dem jus civile in Einer Norm anerkannt, theils darin, daß ein Widerſpruch des jus gentium mit ſich ſelbſt zugelaſſen wird. Denn die Uebereinſtimmung von jus gentium oder jus naturale mit dem jus civile in Einer Norm iſt durch die obige Theorie ſchlechthin ausgeſchloſſen, weil die Satzung, die von allen Völkern gemeinſam anerkannt wird, nicht zugleich einem einzelnen Staate beſonders und eigenthümlich ſein kann, während gleichwohl die Uebereinſtimmung der naturalis und civilis ratio in l. 39. D. de neg. gest. 3, 5. pr. J. de nupt. 1, 10. §. 2. J. de usufr. 2, 4. §. 4. J. de interd. 4, 15. und die Uebereinſtimmung von jus naturale und civile in l. 2. D. de superf. 43, 18., l. 4. §. 2. D. de grad. 38, 10. §. 14. J. de hered. quae ab int. 3, 1. ſtatuirt wird. Hier hört dann das Merkmal der Nationabilität des Rechtes auf, dem jus gentium oder jus naturale ausſchließlich ſich zu

attribuiren, vielmehr characteriſirt daſſelbe nunmehr auch eine Rechtsnorm, welche nicht national gemeingültig iſt, ſomit auch nicht dem in der obigen Theorie aufgeſtellten Begriffe des jus gentium oder jus naturale ſich unterordnet. Indem jedoch trotz dem ſolche Norm einem jus naturale überwieſen wird, ſo hört hierin ſogar die in thesi feſtgeſtellte Congruenz der beiden Begriffe von jus gentium und jus naturale (als dem allen Menſchen gemeinſamen Rechte) auf und es tritt nunmehr neben jenes Recht, welches zugleich jus gentium und jus naturale iſt, ein ſelbſtſtändiger Begriff eines auf die naturalis ratio geſtützten jus turale, ohne daß für denſelben irgend welcher Raum in der Theorie gegeben wäre.

Dagegen ein Widerſpruch des jus gentium oder jus naturale mit ſich ſelbſt iſt zunächſt ſchon dadurch gegeben, daß daſſelbe das jus gentium und jus naturale der Eintheilung unter A., ſomit das humani generis proprium und das jus omnibus animalibus commune gemeinſam unter ſich begreift, zwiſchen dieſen beiden Rechten aber ein Widerſpruch anerkannt wird, der darauf beruht, daß das Erſtere von Beiden diesfalls als ein actuell, das Letztere als ein potentiell gültiges Recht aufgefaßt wird, wie dies z. B. in l. 4. D. h. t., l. 64. D. de cond. ind. 12, 6., §. 2. J. h. t., pr. J. de libert. 1, 5.[636]) zu Tage tritt.

Sodann ein weiterer Punkt ſolchen Widerſpruches beruht darin, daß dem jus gentium oder jus naturale Inſtitute überwieſen werden, welche national gemeingültig ſind, wie die Sclaverei nach l. 4. l. 64. D. cit., §. 2. u. pr. J. cit., die occupatio hostilis des Sclaven nach l. 5. §. 1. D. de stat. hom. 1, 5., l. 7. pr. D. de acqu. dom. 41, 1., §. 3. J. de jur. pers. 1, 3., §. 17. J. de R. D. 2, 1., der Sclavenſtand des von einer Sclavin Geborenen nach l. 5. §. 1. D. de stat. hom. 1, 5., während wir andrerſeits ebenſowohl aus Nov. 74. c. 1, 89. c. 1. pr. c. 9. pr. (ſ. §. 98.), wie aus l. 2. D. de nat. rest. 40, 11. u. §. 2. J. h. t. erſehen, daß die Sclaverei im Allgemeinen dem Rechtsbewußtſein jener Zeit widerſtrebte und ſomit auf die

636) Denn auch l. 64. D. cit. und §. 2. J. cit. gewinnen in den Geſetzbüchern Juſtinian's eine Beziehung auf das animaliſche jus naturale, die ihnen im Sinne ihrer Urheber, des Tryphonin und Marcian nicht innewohnt.

naturalis ratio nicht zurückgeleitet werden konnte. Und auch hierbei machen wir die Wahrnehmung, wie dieſe Inſtitute in der That nirgends auf die naturalis ratio fundirt oder als juris naturalis, vielmehr immer nur als juris gentium bezeichnet werden, ſo daß auch in dieſem Punkte jene Incongruenz der Begriffe von jus gentium und jus naturale zu Tage tritt, welche wir bereits beim erſten Punkte des Widerſpuches mit der Theorie vorfanden.

Endlich tritt aber auch ſolcher Widerſpruch darin zu Tage, daß Rechtsinſtitute dem jus gentium überwieſen werden, welche entſchieden nicht national gemeinen Rechtes waren, ſomit lediglich auf Grund ihrer Uebereinſtimmung mit der naturalis ratio als Inſtitute des jus gentium theoretiſch ſich rechtfertigen laſſen, wie die Acceptilation nach l. 8. §. 4. D. de accept. 46, 4., wobei freilich der Sprachgebrauch der Urquelle gerade in dieſer Stelle die Bezeichnung jus gentium beibehalten ließ, während wir die Benennung jus naturale weit eher erwarten konnten.

Wenn nun demnach der Irrthum jener Verbindung von Speculation und Empirie innerhalb der Claſſification unter B. in vielfachen Spuren zu Tage tritt, ſo hat ſich auch die Wahrnehmung deſſelben dem Tribonian nicht entziehen können, daher derſelbe in jenen Fällen des Widerſpruches, wie bereits bemerkt, ſich genöthigt ſieht, den hier fraglichen Begriff des jus gentium oder jus naturale regelmäßig in ein jus gentium und jus naturale zu zerlegen, und jenem, als dem jus quo omes gentes utuntur, die Vertretung des poſitiven Rechtes, dieſem aber, als dem jus quod naturalis ratio constituit, die Vertretung des ſpeculativen Rechtselementes zu überweiſen, während der Claſſification unter B. ſelbſt ſolche Scheidung vollkommen fremd iſt.

Die Urſache der gerügten fehlerhaften Verbindung von Speculation und Empirie kann aber lediglich darin gefunden werden, daß Tribonian dem Lehrbegriffe des jus gentium in den Inſtitutionen und Digeſten Aufnahme verſchaffte. Denn hiermit ſtieß die Compilation auf erhebliche Schwierigkeiten, welche namentlich in dem zwiefachen Umſtande ihren Grund hatten, daß einestheils der Begriff des jus gentium der eigenen theoretiſchen Anſchauung dieſes Zeitalters völlig fremd geworden und höch-

ſtens in hiſtoriſcher Erinnerung allein noch gegenwärtig geblieben war, anderntheils aber auch gerade dieſer Begriff eine vollſtändig divergirende Auffaſſung von Seiten der Vertreter der wiſſenſchaftlichen Theorie der vorhergehenden Periode erfahren hatte und hierüber auch noch bei Gajus und Ulpianus als der Brennpunkt gränzenloſer Begriffsverwirrung ſich darſtellte, während wiederum die klare und faſt vorwurfsfreie Behandlung dieſer Lehre bei Marcianus, wie vielleicht auch bei Paulus, ebenſowohl als unbrauchbar, ja möglicher Weiſe auch als nicht vollkommen verſtändlich ſich erwies, weil das jus gentium in ſeiner hiſtoriſch gegebenen Weſenheit als jus commune omnium hominum für die gegenwärtige Periode ſeine thatſächliche und wirkliche Bedeutung verloren hatte. Wenn aber dennoch Tribonian das jus gentium in die Digeſten und Inſtitutionen wieder einführte und zu dem auf empiriſche Unterlage geſtützten Begriffe des national gemeingültigen Rechtes conſtruirte und als ſolchen mit dem rein ſpeculativen jus naturale ſeiner Zeit in eine innere Verbindung ſetzte, ſo kann hierbei allenthalben nur das Beſtreben beſtimmend gewirkt haben, dem jus naturale eine unmittelbare practiſche Bedeutung zu ſichern und der bloßen Rechtsmaterie ohne Weiteres die Stellung als wahres und wirkliches Recht, hiermit aber eine dem practiſchen Sinne mehr zuſagende Stellung zu verſchaffen, — ein Beſtreben, welches bereits in der vorigen Periode die unſeligſte Begriffsverwirrung zur Folge hatte und bis in die neueſte Zeit herab in gleicher Weiſe wirken mußte, weil das angeſtrebte Ziel in Wirklichkeit nicht exiſtirt.

Nach Alle dem begegnen wir in den Inſtitutionen und Digeſten dem von Tribonian wieder aufgenommenen, der Theorie ſeiner Zeit aber im Uebrigen fremden Begriffe des jus gentium, und zwar in der bereits von der vorhergehenden Periode ihm beigelegten Weſenbeſtimmung als jus quod naturalis ratio conſtituit und quo omnes gentes utuntur; dagegen die der vorigen Periode eigene und hiſtoriſch gegebene Begriffsbeſtimmung als jus commune omnium hominum klingt zwar in den Worten Tribonian's wieder, iſt aber der Sache, wie dem früheren Begriffe nach demſelben fremd geblieben. Andrerſeits jus naturale und aequum et bonum kehren in der nämlichen Weſenbeſtimmung

wieder, welche wir bereits bei der Mehrzahl der Juriſten der vorigen Periode, wie in den Producten der kaiſerlichen Rechtsbildung dieſer Zeit vorfanden. Beide umfaſſen hier, wie auch das strictum und civile jus, eine gemeinſame gleiche Sphäre, während andrerſeits auch jus naturale und jus gentium in einer gewiſſen Beziehung identificirt erſcheinen.

§. 102.

C. Paraphraſe des Theophilus.

Theophilus behandelt die Eintheilung des Rechtes in ein jus civile, gentium und reſp. naturale in Tit. Paraphr. de jur. nat. 1, 2. und trägt darin folgende Lehren vor:

die νόμοι zerfallen zunächſt je nach ihrer Gültigkeit bei den verſchiedenen Völkern in νόμοι ἴδιοι und κοινοί [637];

die ἴδιοι νόμοι heißen zugleich πολιτικοὶ νόμοι und auf ihnen beruht das jus civile oder ἰδικὸν δίκαιον [638], welches ſich characteriſirt als das Recht, welches das betreffende Volk ſelbſt erſt conſtituirt und hiermit zum Daſein beruft, und das auch nur bei dieſem Volke Gültigkeit hat, als Norm ſomit, welche

ἑκάστη πόλις ἑαυτῇ συνεστήσατό καὶ μέχρις αὐτῆς ἕσταται (quaeque civitas sibi constituit et intra eam consistit),

und ähnlich.

Die κοινοὶ νόμοι heißen auch ἔθνικοὶ νόμοι und auf ihnen beruht das jus gentium, welches ſich characteriſirt als Recht, welches

παρὰ πᾶσιν ἔθνεσι φυλάττεται (apud omnes gentes custoditur), oder

κοινον τοῦ παντὸς ἀνθρώπων γένους ἐστί (commune omni hominum generi est).

Sodann zerfällt mit Rückſicht auf das Subject, über welches das Recht herrſcht, das νόμιμον anderweit in das πολιτικόν, das ἔθνικόν und das φυσικόν [639];

637) §. 1. 11. h. t.

638) Ἰδικὸν δίκαιον, §. 11. de R. D. 2, 1.

639) pr. h. t.

das πολιτικὸν νόμιμον charakterisirt sich als ein durch locales Bedürfniß gebotenes und selbst locales Recht, somit als Recht, welches lediglich über denjenigen herrscht, der in die vorausgesetzte Beziehung zu dem jenem Rechte unterworfenen Orte tritt; als Recht,

> ὅπερ τοπικὸν καὶ χρειῶδες προσαγορεύεται, τὸ τόπῳ περιεκλεισμένον, καὶ τόπου χρείαν ἀποπληροῦν, καὶ τὸ λυποῦν ἐκεῖνον τὸν τόπον ἐκκόπτον (jus quod locale est et necessarium appellatur, loco inclusum et loci necessitatem explens atque id, quod illum locum laedit, tollens);

das ἔθνικὸν νόμιμον dagegen charakterisirt sich als:

> τὸ κατὰ πάντων ἀνθρώπων, ἤγουν τῶν λελογισμένων βιοῦν ἐθελόντων ἐπεκτεινόμενον (jus quod ad omnes homines, scilicet qui secundum rationem vivere volunt, extenditur);

endlich das φυσικὸν νόμιμον als:

> τὸ κατὰ πάντων ζώων, χερσαίων, ἐνύδρων καὶ ἀερίων ἐπεκτεινόμενον (jus quod ad omnia animalia, terrestria, aquatica et aëria extenditur).

So erblicken wir in dem Obigen zwei verschiedene, an sich ganz selbstständige Classificationen, eine jede mit ihrer eigenthümlichen Terminologie versehen, in denen die νόμοι und das νόμιμον die zu determinirenden beiden Oberbegriffe bilden, während der Begriff des δίκαιον selbstverständlich gleichmäßig jenen Beiden sich coordinirt. Allein beide Classificationen treten auf dem dreifachen Wege in eine Beziehung mit einander, daß sie von Theophilus theils in eine innere theoretische Verbindung mit einander gesetzt, theils in regelwidriger Weise mit einander vermengt, theils endlich auch die Eigenthümlichkeiten der von Vorn herein angenommenen Terminologie nicht streng beobachtet werden.

Fassen wir zunächst die letzteren beiden Punkte in's Auge, so treten dieselben darin zu Tage, daß zunächst das ἔθνικὸν νόμιμον auf einen ἔθνικὸς νόμος in einem engeren Sinne fundirt wird, worüber vergl. unten; daß ferner in die trichotomische Eintheilung des νόμιμον der Ausdruck jus gentium geradezu hineingetragen und mit dem ἔθνικὸν νόμιμον gleichbedeutend gebraucht wird, wie pr. de libert. 1, 5.: ἐκ τοῦ jure gentium, τουτέστι τοῦ ἔθνικοῦ νομίμου; endlich aber namentlich

auch darin, daß auf die dichotomiſche Eintheilung der νόμοι die Bezeichnung φυσικόν und ähnlich angewendet wird. In letzterer Beziehung berichtet zwar Theophilus ſelbſt in pr. h. t. (p. 14. fin. Reiz.), daß die κοινοί oder ἔθνικοί νόμοι oder das jus gentium nur mißbräuchlich und uneigentlich (καταχρηστικῶς) auch φυσικοὶ νόμοι genannt würden, allein dennoch bedient derſelbe ſich einer ähnlichen Ausdrucksweiſe, indem er dem πολιτικὸν δίκαιον in §. 2. de hered. qual. 2, 19. ein φύσει δίκαιον gegenüberſtellt und ſomit in die erſte, dichotomiſche jener beiden Claſſificationen den bei Aufſtellung ſeiner Theorie gefliſſentlich vermiedenen Begriff des φυσικὸν oder φύσει ὄν in der That noch hineinträgt. Im nämlichen Sinne ſteht φύσει δίκαιον in §. 10. de mand. 3, 26. §. 3. 4. de exc. 4, 13., und in ähnlichem Gegenſatze κατὰ τὸ φύσει δίκαιον und ἔννομον in §. 1. de replic. 4, 14., wie auch φυσικὸς λόγος und τὸ πολιτικὸν (sc. δίκαιον) in §. 4. de interd. 4., 15. In gleicher Weiſe fällt ferner in die Sphäre dieſer Pſeudoterminologie, wenn Theophilus gewiſſe der dichototomiſchen Eintheilung in jus civile und jus gentium ſich unterordnende Gegenſätze durch φυσικόν und ἔννομον bezeichnet, wie nach §. 4. de libertin. 1, 5.: ἔννομος und φυσικὴ ἡλικία, ἔννομος und φυσικὴ δεσποτεία, ἔννομος und φυσικὸς τρόπος ἐλευθερίας; wenn ſodann derſelbe in pr. de R. D. 2, 1. ſagt: φυσικῷ δικαίῳ ἤτοι jure gentium und in §. 11. de R. D. 2, 1.: τινῶν μὲν γὰρ πραγμάτων γινόμεθα δεσπόται φυσικῷ νόμῳ, ὅπερ, καθὰ εἴρηται, jus gentium προσαγορεύεται (quarumdam enim rerum domini fimus φυσικῷ νόμῳ, qui, uti dictum est, jus gentium appellatur), und ſodann dieſes Recht dahin characteriſirt: παλαίτερον εἶναι τὸ φυσικὸν δίκαιον, ὅπερ ἅμα τῷ γένει τῶν ἀνθρώπων εἰς φῶς ἡ φύσις προήγαγε (vetustius esse τὸ φυσικὸν δίκαιον, quod simul cum hominum genere in lucem natura produxit), auch in §. 1. 3. de R. D. 2, 1. pr. de reb. corp. 2, 2. das φυσικὸν δίκαιον ſynonym mit jus gentium gebraucht; nicht minder, wenn Theophilus in §. 18. 20. 25. 31. 35. 37. 39. de R. D. 2, 1. die inventio, die Alluvion, Specification, den Eigenthumserwerb durch plantatio, wie an den Früchten, an den Jungen der Thiere, am Schatze dem φυσικὸς λόγος oder νόμος, oder dem φύσει δί-

καιον überweiſt[640]), während er in §. 12. und 17. eod. die Occupation der wilden Thiere, der Feinde, wie der res hostium auf einen ἔθνικὸς νόμος fundirt; wenn ferner derſelbe in §. 41. de R. D. 2, 1. ſagt: εὑρίσκομεν juris gentium ὑπάρχειν τοῦτο τὸ νόμιμον, ἐπειδὴ πρόσεστιν αὐτῷ φυσικὴ δικαιοσύνη, διὸ παρὰ πᾶσι τοῖς ἔθνεσι πολιτεύεται (invenimus juris gentium esse hoc jus, quoniam inest ei naturalis justitia, quapropter apud omnes gentes observatur); wie denn endlich auch hierher zu ziehen iſt, daß Theophilus das jus gentium auf einen φυσικὸς λόγος zurückführt (Vergl. unten).

Indem wir nun zur Erreichung größerer Klarheit dieſe Pſeudoterminologieen ſo weit als möglich vermeiden, vielmehr an die in tit. de J. N. 1, 2. gegebenen eigentlichen Bezeichnungen uns halten, und zunächſt nun zu der trichotomiſchen Eintheilung des νόμιμον uns wenden, ſo beruht nun das φυσικὸν νόμιμον[641]) auf dem φυσικὸς νόμος[642]) und entſtehet und geht hervor aus dem φυσικὸς λόγος[643]), einer Kraft, welche in der φύσις ſelbſt geſetz- und vernunftvoll ordnend wirkt, daher auch die φύσις ſelbſt als das Vehikel des φυσικὸν νόμιμον und als die rechtserzeugende Potenz anerkannt wird[644]). Dieſem Rechte gehören an: die geſchlechtliche Verbindung und als Folgewirkung derſelben die Kinderzeugung, die Liebe zur Nachkommenſchaft, und die Erziehung und Succeſſion derſelben, wie auch die natürliche Freiheit[645]).

Dagegen das ἔθνικὸν νόμιμον[646]) beruht auf dem ἔθνικος

640) Die ſtrenge Conſequenz erfordert folgendes Syſtem: das φυσικὸν νόμιμον erkennt gar kein Eigenthum an, daher ordnen ſich die Erwerbgründe des Letzteren entweder dem ἔθνικόν oder πολιτικὸν νόμιμον, nicht aber dem jus gentium oder jus civile unter. Dennoch haben weder Theophilus, noch die Inſtitutionen und Digeſten die Claſſification jener Acquiſitionsgründe auf die trichotomiſche Eintheilung geſtützt.

641) Wegen dieſes vergl. namentlich pr. §. 1. 2. 11. h. t.

642) pr. de libert. 1, 5.

643) §. 1. h. t.

644) pr. h. t.: ἡ φύσις ἐκτησιν, διέταξε, διετύπωσεν, οὐκ εἴασε· ἡ φύσις ὁρῶσα — ἐμηχανήσατο· §. 11. de R. D. 2, 1.: τὸ φυσικὸν δίκαιον ἡ φύσις προήγαγε.

645) pr. §. 2. h. t. pr. de libert. 1, 5.

646) Wegen dieſes vergl. namentlich pr. §. 1. 2. h. t.

νόμος in engerem Sinne[647]) und geht hervor aus dem ἔθνικος λόγος[648]), welcher iſt die χρεία κάλουσα und die ἀνθρώπινη ἀνάγκη ἀπαιτουσα, der usus jubens und die humana necessitas exigens[649]). Dieſem Rechte werden überwieſen: Die Beſtrafung des Mordes und Ehebruches, die Verpönung des Diebſtahles durch Vermögensſtrafen, die Erkenntlichkeit des Gläubigers gegen den Schuldner, dem jener ſelbſt zu Danke verpflichtet iſt, der Gehorſam des Sclaven gegenüber den vernunftgemäßen Befehlen des Herren, die Abſchließung von Verträgen, wie Kauf, Miethe, Depoſitum, Societas, Mutuum, donatio und die Errichtung von Teſtamenten, allein auch Kriegsgefangenſchaft, Sclaverei und Manumiſſion[650]).

Endlich das πολιτικὸν νόμιμον iſt ſeiner Individualität nach verſchieden und ſo vielfältig, als es Völker giebt. Es geht hervor aus dem πολιτικὸς λόγος[651]), wird durch den Willen des Volkes in's Daſein berufen, und indem es nicht allein auf dem πολιτικὸς νόμος beruht, ſondern die Geſammtheit dieſer umfaßt, ſo fällt es nun auch mit dem jus civile oder den ἴδιοι oder πολιτικοὶ νόμοι zuſammen[652]).

Hiermit haben wir ſonach bereits die Sphäre des anderen der obigen beiden Gegenſätze, des jus civile und jus gentium betreten, auf welchem namentlich der Gegenſatz der πράγματα φυσικὰ, πούβλικα u. dergl. in pr. sq. de R. D. 2, 1. pr. de reb. corp. 2, 2., von φυσικοὶ und ἔννομοι τρόποι des Eigenthumserwerbes in pr. de reb. corp. 2, 2., ſowie der entſprechenden Gegenſätze bezüglich der ἡλικία, δεσποτεία und τρόποι ἐλευθερίας in §. 4. de libertin. 1, 5. ſich ſtützen. Dieſer Gegenſatz nun erſcheint zwar in ſeiner Reinheit vielfach getrübt durch die oben hervorgehobene Verbindung der Bezeichnungen

---

647) pr. de libert. 1, 5.

648) §. 1. h. t.

649) §. 2. h. t.

650) pr. §. 2. h. t. pr. de libert. 1, 5.

651) §. 11. de R. D. 2, 1.

652) Wegen πολιτικὸν νόμιμον insbeſondere vergl. namentlich pr. §. 2. h. t. wegen jus civile insbeſondere vergl. namentlich §. 1. 11. h. t. §. 11. de R. D. 2, 1.

φυσικόν und ähnlicher, fällt jedoch durchaus nicht mit der dreigliedrigen Eintheilung des νόμιμον zuſammen, obgleich nicht zu verkennen iſt, daß Theophilus ſelbſt die Gränzlinie zwiſchen beiden Claſſificationen nicht immer innezuhalten vermocht hat, andrerſeits aber auch mannichfache Berührungspunkte zwiſchen Beiden gegeben ſind.

Das jus gentium insbeſondere nun[653], oder die κοινοί oder ἔθνικοὶ νόμοι, auch ἐθνικὸς νόμος[654], ſehr häufig auch φύσει δίκαιον oder ähnlich (ſ. oben) genannt, wird in §. 11. h. t. bezeichnet als ἐκ θειοτέρας εὑρεθέντα προνοίας und als τὸ βέβαιον καὶ ἀμετακίνητον ἐχόντα, als divina providentia constitutum und firmitatem atque immutabilitatem habens, ſowie in §. 11. de R. D. 2, 1. als παλαιότερον, ὅπερ ἅμα τῷ γένει τῶν ἀνθρώπων εἰς φῶς ἡ φύσις προήγαγε, als vetustius, quod simul cum genere hominum in lucem natura produxit, wonehen jedoch auch hier ein φυσικὸς λόγος oder λογισμὸς als wirkende Kraft anerkannt wird[655].

Fragen wir nun nach Alle dem nach dem gegenſeitigen Verhältniſſe der Glieder der obigen beiden Eintheilungen, ſo ordnen ſich, gleichwie das πολιτικὸν νόμιμον mit dem jus civile zuſammenfällt, ſo auch das ἐθνικόν und φυσικόν νόμιμον gemeinſam dem jus gentium unter, wie dies Theophilus in §. 1. h. t. beſagt:

> ὅσα ὁ φυσικὸς ἤτοι ἐθνικὸς λόγος μεταξὺ πάντων ἀνθρώπων ἐφεύρε, — — jus gentium προσαγορεύεται (quaecunque ὁ φυσικὸς aut ἐθνικὸς λόγος inter omnes homines invenit, jus gentium appellantur),

indem in dieſer Stelle der φυσικός und ἐθνικὸς λόγος ganz beſtimmt auf das φυσικόν und ἐθνικὸν νόμιμον hinweiſt. Daher ſancirt denn der Geſetzgeber auch nur theils jus civile, theils jus gentium[656], weil beide Normen die ſämmtlichen Gebote des πολιτικὸν, wie ἐθνικόν, und des φυσικὸν νομιμόν umfaſſen.

---

653) Vergl. darüber namentlich §. 1. 11. h. t. §. 11. de R. D. 2, 1.

654) §. 4. 12. de R. D. 2. 1.

655) §. 12. 18. 25. 31. 35. 37. de R. D. 2, 1. §. 4. de interd. 4, 15.

656) pr. h. t. (p. 14. fin., 15. init. Reiz.)

So waltet eine Uebereinſtimmung der Theorie des Theophilus mit der der Digeſten vornämlich darin ob, daß auf die für die Herrſchaft des Rechtes über das Subject maaßgebende Qualität des Letzteren, wie auf die nationale Gültigkeit des Rechtes eine zwiefache und zwar eine trichotomiſche und eine dichotomiſche Eintheilung geſtützt wird. Dagegen der in den Digeſten und Inſtitutionen ebenfalls maaßgebende Eintheilungsgrund der materialen Quelle des Rechtes hat bei Theophilus formal nicht die gleichmäßige Anerkennung gefunden, indem von dieſem die dadurch beſtimmten Merkmale des Rechtes zwar ebenfalls in Bezug auf die gewonnenen Eintheilungsglieder berückſichtigt, allein ebenſowohl nur in erklärender Weiſe, wie anderntheils auch den Gliedern beider Claſſificationen attribuirt werden.

Ohne nun im Uebrigen auf die Theorie des Theophilus weiter einzugehen, fügen wir nur noch den Hinweis darauf bei, wie Theophilus entſprechend den Inſtitutionen und Digeſten das strictum jus dem jus civile, das aequum et bonum dem jus gentium oder naturale gleichſtellt, wie daraus erhellt, daß derſelbe in §. 11. de R. D. 2, 1. den ἀκριβὴς καὶ πολιτικὸς λόγος dem ἰδικὸν δίκαιον attribuirt; ferner in §. 1. 5. de tut. 1, 13. πολιτικὴ ἀκρίβεια (reſp. im Gegenſatze zur τοῦ τελευτήσαντος γνώμη) ſagt; endlich in §. 3. de exc. 4, 13. die στρίκτα ἀγωγὴ in den Gegenſatz zum φύσει δίκαιον ſtellt u. dgl. [657]).

§. 103.

Reſultat.

Mit der gegenwärtigen Periode finden die von uns erörterten Lehren ihren Abſchluß für das Alterthum. Allein dieſer Abſchluß iſt nicht durch eine wiſſenſchaftliche Erledigung jener

657) παλαῖα ἀκρίβεια findet ſich §. 10. de auct. tut. 1, 21.; ἀκρίβεια im Sinne von solennitas juris in §. 9. de test. ordin. 2, 10. pr. de milit. test. 2, 11.; ἀκρίβεια und ἄδικον gleichſtellt in §. 2. de exc. 4, 13.; ἀκρίβεια im Gegenſatze zum jus sanguinis oder τὸ τοῦ αἵματος δίκαιον in §. 10. de nupt. 1, 10.; die bonae fidei δικαστήρια, denen das ἐκ τοῦ καλλίστου καὶ τοῦ δικαίου beigelegt wird, ſtehen im Gegenſatze zu den στρίκτα δικαστήρια, denen die ἀκρίβεια zuertheilt iſt, in §. 30. de act. 4, 6.

Lehren gegeben: nicht Folge einer vollständigen Lösung der auftauchenden Zweifel und einer erschöpfenden Beantwortung der erhobenen Fragen; vielmehr liegt in jener Abschließung nur Erstarrung: das einst flüssige, vielbewegte, vom belebenden Hauche der Idee durchströmte Element gerinnt im Laufe der Zeit zur festen Masse, welche in undehnbarer Form gegen jede freie Bewegung des Geistes sich abschließt. So erblicken wir am Ausgange dieses Zeitraumes die rege Strömung der Ideen gedämmt, welche durch das Ringen nach einer befriedigenden Erkenntniß unserer Lehrbegriffe hervorgerufen worden war, und wir sehen die einst vielfältigen Combinationen der Gedanken in einigen wenigen Lehrsätzen fixirt, bei denen das Alterthum für immer Beruhigung faßte.

Diese Thatsache mit ihren Voraussetzungen erklärt uns die doppelte Erscheinung, zunächst, daß bezüglich der von uns behandelten Lehrbegriffe das gegenwärtige Zeitalter sich begnügt, den von der vorhergehenden Periode überlieferten theoretischen Stoff zu verarbeiten und im Einzelnen anzuwenden, wie schließlich zu einem unwandelbaren und endgültigen Abschlusse zu bringen, während mit diesem Resultate wieder die postjustinianeische Zeit sich genügen ließ; sodann daß überhaupt alle die in §. 94 ff. für die vorhergehende Periode von uns festgestellten Probleme über die Natur des Rechtes aus der Sphäre des freien geistigen Verkehres heraustreten. Denn in welchem Maaße dieses Zeitalter sclavisch an überlieferten Formeln festhält, beweisen nicht nur die Institutionen und Digesten Justinian's, welche z. B. die Definition des Celsus und Ulpianus: jus est ars aequi et boni trotz ihres nichtssagenden Inhaltes adoptiren, sondern auch weit später noch der Harmenopul, der in §. 13. de leg. 1, 1. in den Worten: νόμος ἐστὶ τέχνη τοῦ καλοῦ [καὶ τοῦ ἴσου] die nämliche Formel wiederholt [658]).

Im Einzelnen nun gelangt zunächst die Auffassung über das Wesen des jus naturale in den Constitutionen der Kaiser zu einem festen und bestimmten, wie einheitlichen Abschlusse, während

658) Einige Reflexionen über die δικαιοσύνη s. Nov. 69. Praef. Wegen der Scheidung des jus an sich in ein speculatives und empirisches Recht, deren schwache Spuren wir in den Digesten vorfinden s. §. 101.

gleichzeitig auch dieſem jus nunmehr diejenige Stellung gegenüber dem poſitiven Rechte angewieſen wird, welche allein in Wahrheit ihm zukommt, von der zweiten Periode aber, wie bereits früher von der Philoſophie Griechenlands und Cicero's vielfach verkannt ward. Allein dieſes doppelte Reſultat ward nicht auf jenem naturgemäßen Wege erreicht, daß die abſolute Wahrheit erkannt, wie allgemein anerkannt, und ſo eine wahrhaft genügende Löſung des geſtellten Problemes gefunden ward; vielmehr war es die Erſchlaffung der Denkkraft ſelbſt und die Abſtumpfung des Geiſtes für höhere Speculation im Allgemeinen, welche einerſeits den Lehrbegriff des jus naturale fixirte, andrerſeits den Uebergang dieſes jus in ſeine richtige Stellung gegenüber dem poſitiven Rechte dadurch vermittelte, daß dem Geſetzgeber beim Mangel weiter gehender Reflexionen über die Natur des jus naturale kaum eine andere practiſche Beziehung des Letzteren ſich darbieten konnte, als die einer Quelle der legislativen Satzung.

Indem nun am Ausgange dieſer Periode in den Inſtitutionen und Digeſten Juſtinian's ein formaler Abſchluß des geſammten Rechtes in's Werk geſetzt ward, ſo ward dem entſprechend auch in der Lehre vom jus naturale eine Combination der verſchiedenen überlieferten Theorien vorgenommen, die jedoch in Wahrheit nur als äußerer Vereinigungsverſuch ſich darſtellt und den Zwieſpalt der Meinungen nur künſtlich verdeckt, nicht aber wirklich beſeitigt, andrerſeits aber auch das jus naturale wiederum auf das Gebiet des alten Irrthumes hinüberleitet, wahres und wirkliches Recht zu ſein.

Die aequitas bleibt in der gegenwärtigen Periode der nämliche Begriff, als welcher ſie von Alters her überliefert ward: Inbegriff der Poſtulate einer von dem gegebenen Rechte unabhängigen und ſubjectiven Rechtsanſchauung. Allein nicht nur, daß ihre Gebote ſelbſt nunmehr theilweis andere geworden ſind, ſowie daß ſie die durch die Herrſchaft allgemein leitender und abſtracter Ideen gegebene ſtetige und gleichmäßige Richtung nach einem beſtimmten Ziele fortan verläßt, ſo ſind auch ihre Factoren ſelbſt ganz andere geworden: in der erſten Periode erkannten wir als Träger der aequitas in ihrer Totalität das römiſche Volk, während die Doctrin zum wiſſenſchaftlichen Be-

wußtſein dieſer dem Volke ureigen inwohnenden Rechtsideen nur partiell gelangt war; in der zweiten Periode ruhte die aequitas zwar wiederum im Volke, allein die Jurisprudenz hatte nunmehr den geſammten Stoff der durch die volksthümliche Anſchauung gebotenen abſtracten Rechtsideen in ſich aufgenommen und erkannt und verarbeitet; in dem gegenwärtigen Zeitalter endlich verlor das Volk bei ſeiner Stumpfſinnigkeit die Productivität ſelbſteigener ethiſcher Ideen, daher fortan die Träger des wiſſenſchaftlichen Bewußtſeins, die Organe der kaiſerlichen Legislation, allein und ausſchließlich auch die Factoren der aequitas bilden. In dieſen wechſelvollen Schickſalen der aequitas erkennen wir aber zugleich auch den Grund jener Erſcheinung, daß in der erſten Periode das jus naturale und das aequum et bonum auseinanderfallen, in den zwei letzten Perioden dagegen Beide coincidiren.

Das jus gentium endlich, indem es mit dem gegenwärtigen Zeitalter ſeine hiſtoriſch gegebene, wichtige und practiſch ſo folgenreiche Bedeutung für den geſchäftlichen Verkehr thatſächlich verliert, verſchwindet gänzlich aus der Reihe der einer wiſſenſchaftlichen Reflexion anheimfallenden Begriffe. Erſt in den Inſtitutionen und Digeſten wird es unter dem Einfluſſe der Quellen der vorigen Periode von Neuem wieder in den Kreis der maaßgebenden Lehrbegriffe eingeführt, allein nicht ohne daß bei dieſer Wiederbelebung ſeine urſprüngliche eſſentielle Weſenbeſtimmung ſich völlig verflüchtigt hätte, ein Recht nämlich zu ſein, dem auf dem römiſchen Forum eine gleichmäßige Herrſchaft über alle freien Menſchen actuell zukam. Nur die von der vorhergehenden Periode ihm untergeſchobenen beiden anderen Merkmale bewahrt es, Recht zu ſein, welches theils eine gleichmäßige Gültigkeit bei allen Nationen actuell ausübt, theils aus der naturalis ratio entſtammt. Indem nun mit dieſer letzteren Weſenbeſtimmung das jus gentium ein Merkmal ſich beilegt, auf dem zugleich der Begriff des jus naturale beruht, ſo bewerkſtelligt ſich hiermit eine Verbindung der beiden Begriffe von jus gentium und jus naturale zu einem jus gentium oder jus naturale, aus welcher ſcheinbar das Erſtere als der beſtimmende, maaßgebende und herrſchende Begriff hervorgeht, inſofern als die Merkmale des jus naturale dem jus gentium als Theil von

deſſen Weſenbeſtimmung anheimfallen, hiermit aber das jus naturale in der Weiſe von dem jus gentium vollſtändig abſorbirt wird, daß nunmehr das Merkmal der Nationabilität des Rechtes für ſich allein fortan gar nicht mehr in Betracht kömmt. Dennoch iſt dieſe Annahme trügeriſch, weil jene in thesi ausgeſprochene Verbindung der obigen beiden Merkmale zu Einem Begriffe nicht feſtgehalten wird. Vielmehr werden nach Maaßgabe der Quellen der vorigen Periode ebenſowohl dem jus gentium Inſtitute untergeordnet, welche national gemeingültig ſind, ohne der naturalis ratio zu entſprechen, während andrerſeits dem jus naturale Inſtitute überwieſen ſind, die bei Harmonie mit der naturalis ratio doch in keiner Weiſe den Anſpruch auf nationale Gemeingültigkeit erheben dürfen. Daher ergiebt ſich bereits für die Inſtitutionen und Digeſten ſelbſt ein jus gentium, welches lediglich national gemeingültig, ſomit in Wahrheit nicht auch jus naturale iſt, wie andrerſeits ein jus naturale, welches lediglich der ratio naturalis entſpricht, ohne national gemeingültig und ſomit jus gentium zu ſein, und hieraus wiederum folgt, daß das jus gentium mit dem Merkmale der nationalen Gemeingültigkeit und in gleicher Maaße auch das jus naturale mit dem Merkmale der Rationabilität des Rechtes als ſelbſtſtändige Begriffe in Wahrheit fortbeſtehen, ſowie daß der in den Inſtitutionen und Digeſten theoretiſch conſtruirte Begriff des jus gentium oder jus naturale in der Verbindung jener beiden Merkmale nicht zu einem einheitlichen Begriffe ſich abſchließt, ſondern lediglich als eine nicht genügend durchdachte, rein äußerliche, nicht aber innerliche und ſachliche Verſchmelzung ſich darſtellt.

Noch anders geſtaltet ſich dieſes Verhältniß, ſobald wir, über die Inſtitutionen und Digeſten hinausblickend, das Verhältniß von jus gentium und jus naturale gegenüber der herrſchenden Anſchauung dieſes Zeitalters erwägen: dann ſtellt ſich der Begriff des jus naturale als eines jus, quod naturalis ratio constituit, als der herrſchende und maaßgebende dar, dem gegenüber das jus gentium, als das jus quo omnes gentes utuntur, nur ein einzelnes, abgeleitetes Merkmal repräſentirt. Inſofern daher hierbei das jus gentium nur eine beſondere Beziehung, ein einzelnes Merkmal des jus naturale in Form einer

eigenen Bezeichnung vertritt, geht es in dem letzteren Begriffe auf und gestaltet sich zu einer Pertinenz desselben. Allein auch diesfalls bleibt wiederum dem jus gentium insofern eine Selbstständigkeit, als es nicht bloß die potentielle, vielmehr die actuelle Gemeingültigkeit des Rechtes bezeichnet, die letztere aber nicht ausnahmelos mit der Nationabilität des Rechtes Hand in Hand ging.

Beilagen

I — VIII.

Beilage I.

Ueber den rechtsphiloſophiſchen Begriff der aequitas bei Cicero.

Zu §. 6 ff.

---

§. 1.

In den Werken des Cicero erkannten wir einen dreifachen Begriff der aequitas an: einen vulgären, juriſtiſch-wiſſenſchaftlichen und rechtsphiloſophiſchen. Die beiden erſteren verhalten ſich zu einander, wie das Ganze zum Theile, wenn immer auch die wiſſenſchaftliche aequitas der vulgären ſcheinbar entfremdet iſt durch eine in Folge beſonders günſtig wirkender Umſtände ihr zu Theil gewordene Cultur. Dennoch waltet zwiſchen Beiden ein ununterbrochener innerer Zuſammenhang inſofern ob, als die juriſtiſche aequitas der Sphäre der vulgären in Wahrheit angehört, und dieſe Thatſache ſelbſt bewahrheitet ſich auch dadurch, daß in der zweiten Periode die juriſtiſche aequitas Cicero's vollſtändig in ihr urſprüngliches Verhältniß zum Ganzen zurücktritt, indem in dieſer Periode die Geſammtheit der Poſtulate der vulgären aequitas von der Jurisprudenz adoptirt wird, ſomit aber zwiſchen der vulgären und juriſtiſchen aequitas völlige Congruenz ſich wieder herſtellt und der Theil in das Ganze zurücktritt. Dabei hatten wir auch dieſe juriſtiſche aequitas weder als alleinige Schöpfung Cicero's, noch als deſſen ausſchließliches Eigenthum anzuſehen, vielmehr ward jene von den Vertretern der Jurisprudenz allgemein getragen, wie auch ausgebildet, obwohl dem Cicero ein hervorragendes Verdienſt für ihre Cultur nicht abgeſprochen werden darf.

Ein anderes Verhältniß waltet in dieſer Beziehung hinſichtlich der rechtsphiloſophiſchen aequitas ob: dieſelbe iſt ein Product der eklektiſch-philoſophiſchen Beſtrebungen Cicero's und

erſcheint ohne allen inneren Zuſammenhang mit der vulgären aequitas, indem einen ſolchen zu vermitteln zwar im Plane Cicero's gelegen haben wird, allein völlig mißlungen erſcheint, weil eben dieſe philoſophiſche aequitas der Anſchauung des Volkes ſelbſt völlig fern ſtand, und ein Gebild, oder richtiger eine Nachbildung von Seiten Cicero's war. Denn dieſe ciceronianiſch-philoſophiſche aequitas iſt die ἰσότης des Ariſtoteles.

§. 2.

Bevor wir nun zur Darlegung der philoſophiſchen aequitas Cicero's verſchreiten, erſcheint es nöthig, eine beſondere Vorbetrachtung einer Stelle zu widmen, welche ihrer richtigen Würdigung bisher vergeblich entgegengeſehen hat, nämlich Top. 23, 90., welche lautet:

> Cum autem de aequo et iniquo disseritur, aequitatis loci colligentur. Hi cernuntur bipertito: et natura et instituto. Natura partes habet duas: tuitionem sui et ulciscendi jus Instituto autem aequitas tripertita est: una pars legitima est, altera conveniens, tertia moris vetustate firmata.
>
> Atque etiam aequitas tripertita dicitur esse: una ad superos Deos, altera ad Manes, tertia ad homines pertinere; prima pietas, secunda sanctitas, tertia justitia aut aequitas nominatur.

Sehen wir zunächſt bei dieſer Stelle von der Bedeutung des in ganz verſchiedenem Sinne gebrauchten Ausdruckes aequitas ab, worauf erſt ſpäter zurückzukommen ſein wird, ſo giebt Cicero eine doppelte Claſſification der aequitas oder, wie wir hier antictpirend bemerken, des jus ſelbſt, und zwar

a) die Eintheilung der aequitas in natura d. i. jus naturale, und in institutum, d. i. jus civile oder lex, ſowie fernerweit der natura in tuitio sui und ulciscendi jus, worüber vergl. §. 38. Note 295., und des institutum in das legitimum, conveniens, und moris vetustate firmatum, d. i. lex, pactum conventum und jus consuetudinis, worüber vergl. §. 13. Note 29.

b) die Eintheilung in eine aequitas, welche die Götter betrifft und pietas genannt wird; in diejenige ſodann, welche auf die Manen ſich bezieht und sanctitas heißt, und in die-

jenige, welche den Verkehr der Menſchen regelt und in disjunctiver Weiſe theils als justitia, theils ebenfalls als aequitas bezeichnet wird.

Die zweite Claſſification der aequitas referirt Cicero als eine von einem Dritten aufgeſtellte (atque etiam aequitas tripertita dicitur esse), wogegen die erſte Eintheilung der aequitas von Cicero als ſeine eigene vorgetragen wird und in der That auch mehrfach in ſeinen Werken wiederkehrt, indem namentlich in Orat. Partit. 37. die gleiche Obereintheilung der aequitas oder des jus in natura und lex vorgetragen wird, in vielen anderen Stellen aber ebenfalls deutlich wahrnehmbar zu Tage tritt; vergl. §. 37—39. Auf dieſe dem Cicero ſelbſt angehörige Eintheilung werden wir indeß erſt ſpäter zurückkommen, vielmehr wenden wir gegenwärtig nur der zweiten, als einer fremden, von Cicero referirten Claſſification unſere Aufmerkſamkeit zu, wobei wir die Bemerkung an die Spitze ſtellen, daß dieſe Eintheilung des Rechtes dem Plato eigenthümlich und ſomit unter dem von Cicero angezogenen, aber nicht näher benannten Vertreter derſelben Plato zu verſtehen iſt. Der Beweis hierfür ergiebt ſich aus dem Nachſtehenden.

§. 3.

Diogenes Laertius berichtet in lib. III. §. 83. als einen Lehrſatz des Plato:

τῆς δὲ δικαιοσύνης ἐστὶν εἴδη τρία· ἡ μὲν γὰρ αὐτῆς ἐστι περὶ θεοὺς, ἡ δὲ περὶ ἀνθρώπους, ἡ δὲ περὶ τοὺς ἀποιχομένους· οἱ μὲν γὰρ θύοντες καὶ τῶν ἱερῶν ἐπιμελούμενοι δῆλον ὅτι περὶ θεοὺς εὐσεβοῦσιν· οἱ δὲ δάνεια ἀποδιδόντες καὶ παρακαταθήκας δικαιοπραγοῦσι περὶ ἀνθρώπους· οἱ δὲ τῶν μνημείων ἐπιμελούμενοι δῆλον ὅτι περὶ τοὺς ἀποιχομένους· τῆς ἄρα δικαιοσύνης ἡ μὲν πρὸς θεούς ἐστιν, ἡ δὲ πρὸς ἀνθρώπους, ἡ δὲ περὶ τοὺς ἀποιχομένους (justitiae tria sunt genera: aliud ad Deos, alterum ad homines, tertium ad defunctos pertinet. Nam qui sacra faciunt sacrarumque rerum curam habent, pii erga Deos sunt; qui vero mutua depositaque restituunt, juste erga homines faciunt; qui denique monumenta curant, juste erga

defunctos. Justitiae igitur alia pars ad Deos, altera ad homines, tertia ad mortuos pertinet).

Dieſe Darſtellung des Diogenes läßt vermuthen, daß demſelben eine Abhandlung des Plato vorgelegen, worin der Letztere ex professo das δίκαιον nach den angegebenen drei Theilen zerlegte und erörterte. Da ſich indeß in den überlieferten Schriften Plato's eine derartige Stelle nicht vorfindet, ſo iſt nach jener Vorausſetzung anzunehmen, daß die Hauptſtelle für jene Claſſification einer Partie der Werke des Plato angehört habe, welche uns verloren iſt. Dagegen finden ſich in den Schriften des Letzteren zahlreiche Stellen, in denen in mehr beiläufiger oder wenigſtens minder ausführlicher Weiſe das δίκαιον nach Maaßgabe des Subjectes, auf welches das Recht ſich bezieht, zerlegt wird. Jene Stellen ſelbſt laſſen jedoch wieder eine zwiefache Eintheilung erkennen, deren eine, welche dichotomiſch iſt, am ſtärkſten hervortritt. Nach dieſer zerfällt das δίκαιον in das ὅσιον und δίκαιον im engeren Sinne, d. i. in das δίκαιον gegen die Götter, welches auch als εὐσεβές bezeichnet wird, und in das δίκαιον gegen die Menſchen [1]):

καὶ μὴν ὅγε σώφρον τὰ προσήκοντα πράττοι ἂν καὶ περὶ θεοὺς καὶ περὶ ἀνθρώπους. —— καὶ μὴν περὶ μὲν ἀνθρώπους τὰ προσήκοντα πράττων, δίκαι' ἂν πράττοι, περὶ δὲ θεοὺς, ὅσια· τὸν δὲ τὰ δίκαια καὶ ὅσια πράττοντα ἀνάγκη δίκαιον καὶ ὅσιον εἶναι (temperatus autem agit quae decet erga Deos atque homines. — — Proinde qui decentia inter homines agit, justa facit, qui erga Deos, pia. Eum vero qui justa atque pia agat, necesse est justum atque pium esse); Gorg. p. 507 a. b. St.

τὸ μέρος τοῦ δικαίου εἶναι εὐσεβές τε [2]) καὶ ὅσιον τὸ περὶ τὴν τῶν θεῶν θεραπείαν· τὸ δὲ περὶ τὴν τῶν ἀνθρώπων, τὸ λοιπὸν εἶναι τοῦ δικαίου μέρος (justi partem religiosum et pium esse, quae scilicet ad Deorum curam pertinet; eam vero, quae ad hominum curam, reliquam esse justi partem); Entyph. p. 12 e.

1) Dem entſpricht Serv. in Aen. I, 544.: pietas enim in Deos, justitia in homines est.

2) Vergl. Defin. p. 412 e.: εὐσέβεια, δικαιοσύνη περὶ θεούς.

Vergl. Theaet. p. 176 b. Polit. p. 301 d. Phaedo p. 75 c. Alcibiad. II. p. 149 e. 150 a. b. d. Gorg. p. 522 c. Eutyph. p. 12 d. sq. Defin. p. 415 a.

Neben dieſem doppelten Elemente des δίκαιον tritt indeß als ſelbſtſtändiger Beſtandtheil des Letzteren eine Beziehung Rechtens gegen die Verſtorbenen in einzelnen Stellen deutlich hervor, ſo namentlich:

τί οὖν, ἔφη, ἔτι ἂν ἡμῖν λοιπὸν τῆς νομοθεσίας εἴη; καὶ ἐγὼ εἶπον, ὅτι ἡμῖν μὲν οὐδέν· τῷ μέντοι Ἀπόλλωνι τῷ ἐν Δελφοῖς τὰ τε μέγιστα καὶ κάλλιστα καὶ πρῶτα τῶν νομοθετημάτων. — — Ἱερῶν τε ἱδρύσεις καὶ θυσίαι, καὶ ἄλλαι θεῶν τε καὶ δαιμόνων καὶ ἡρώων θεραπεῖαι· τελευτησάντων τε αὖ θῆκαι, καὶ ὅσα τοῖς ἐκεῖ δεῖ ὑπηρετοῦντας, ἵλεως αὐτοὺς ἔχειν (Quid praeterea, inquit, restat nobis de legum constitutione? Equidem dixi, nobis quidem nihil; Apollini autem Delphico maxima et clarissima et prima instituta. — — Templorum constitutiones et sacrificia ceterique Deorum et daemonum atque heroum cultus, sepulcra praeterea et funera defunctorum et quaecunque sunt ad eos placandos ministeria); de Rep. IV. p. 427 b.

περὶ τελευτήσαντας δὴ, εἴτέ τις ἄῤῥην, εἴτέ τις θῆλυς ἦ, τὰ μὲν περὶ τὰ θεῖα νόμιμα τῶν τε ὑπὸ γῆς θεῶν καὶ τῶν τῇδε, ὅσα προσήκει τελεῖσθαι, τοὺς ἐξηγητὰς γίγνεσθαι κυρίους φράζοντας (Ad mortuos vero tam viros quam mulieres de divinis legibus, sive Deorum inferorum sive superorum, eorum quae fieri decent decernendorum auctores fieri interpretes); de Leg. XII. p. 958 d.

Dieſe rechtlichen Beziehungen gegen die Verſtorbenen fallen bei der obigen dichotomiſchen Eintheilung mit unter das ὅσιον, indem ſie aber neben dieſem auch noch beſonders anerkannt und hervorgehoben werden, ſo tritt nun in Folge deſſen neben jene Eintheilung auch eine trichotomiſche, in welcher dieſes neue Glied als ἱερόν bezeichnet worden zu ſein ſcheint, wie dies der von Cicero in Top. 23. gebrauchte Ausdruck sanctitas andeutet. Dieſer Annahme entſpricht auch de Rep. I. p. 344 a.:

καὶ ἱερὰ καὶ ὅσια καὶ ἴδια καὶ δημόσια,

wo das δίκαιον gegen die Menſchen durch die ἴδια καὶ δημό-

σια, das δίκαιον gegen die Götter durch die ὅσια, endlich das gegen die Verſtorbenen durch die ἱερά bezeichnet wird.

Alle dieſe Andeutungen aber in Verbindung mit dem eingangscitirten Berichte des Diogenes berechtigen uns zu der Annahme, daß Plato neben der Eintheilung des Rechtes in ein ὅσιον und δίκαιον noch eine dreigliedrige Eintheilung in ein ὅσιον, δίκαιον und ein muthmaßlich ἱερόν genanntes Drittes aufſtellte.

§. 4.

Die von Plato aufgeſtellte trichotomiſche Eintheilung des Rechtes in das ὅσιον, welches auf die Götter, das ἱερόν, welches auf die Verſtorbenen, und das δίκαιον i. e. S., welches auf die Menſchen ſich bezieht, iſt nun zu verſtehen unter der von Cicero in Top. 23, 90. referirten Eintheilung der aequitas in die pietas, sanctitas, und justitia und aequitas, als in ein auf die Götter, Manen und Menſchen bezügliches Recht, und aus der Art und Weiſe, wie Cicero dieſe Eintheilung als eine ihm fremde bezeichnet, können wir zugleich entnehmen, daß derſelbe dieſer Claſſification ſeinen Beitritt verſagte. Dennoch machen wir die Wahrnehmung, — und Nichts iſt ſo bezeichnend für die Unbeſtändigkeit des Eklekticismus Cicero's, — daß derſelbe auch dem Einfluſſe jener platoniſchen Eintheilung des Rechtes ſich nicht völlig entzogen hat, wie dies namentlich in de Rep. 1, 2. hervortritt, welche lautet:

> Nihil enim dicitur a philosophis, quod quidem recte honesteque dicatur, quod non ab his partum confirmatumque sit, a quibus civitatibus jura decripta sunt. Unde enim pietas? aut a quibus religio? unde jus aut gentium, aut hoc ipsum civile quod dicitur? unde justitia, fides, aequitas? unde pudor, continentia, fuga turpitudinis, appetentia laudis et honestatis? unde in laboribus et periculis fortitudo? nempe ab his, qui haec, disciplinis informata, alia moribus confirmarunt, sanxerunt autem alia legibus.

In dieſer Stelle legt nämlich Cicero den Inhalt der jura descripta, welche theils durch mores, theils durch leges conſtituirt ſind, dar, und bezeichnet hierbei als Einrichtungen jener jura theils die pietas, theils die religio, theils das jus gentium und

jus civile, denen zugleich die justitia, fides. aequitas entſprechen; theils ferner den pudor, die continentia, fuga turpitudinis, appetentia laudis et honestatis, theils endlich die fortitudo in laboribus et periculis. In der Geſammtheit dieſer legislativen Inſtitutionen erkennen wir aber ein dreifaches Element, welches auf drei der von Cicero angenommenen vier Cardinaltugenden, nämlich auf die justitia, auf die moderatio oder temporantia, und auf die fortitudo hinweiſt; vergl. §. 37. Der fortitudo entſpricht in obiger Stelle die fortitudo in laboribus et periculis; der moderatio fallen anheim pudor, continentia, fuga turpitudinis, appetentia laudis et honestatis; endlich der justitia entſprechen theils die pietas, theils die religio, theils die justitia, fides, aequitas, wobei das Gebiet der letzten drei wiederum in jus gentium und jus civile zerlegt wird. Sehen wir nun von dieſer letzteren Claſſification ab und vergegenwärtigen wir uns ferner, wie die fides neben der justitia und aequitas nur pleonaſtiſch hervorgehoben wird [3]); faſſen wir endlich die religio für gleichmäßig mit der sanctitas [4]) auf; ſo erkennen wir, wie Cicero in obiger Stelle die justitia in die pietas, in die sanctitas und in die justitia und aequitas zerlegt und ſomit, die nämliche Eintheilung aufſtellend, welche er in Top. 23, 90. als eine fremde referirte, die platoniſche Claſſification des Rechtes in Wahrheit adoptirt [5]).

§. 5.

Indem wir uns nun zum Begriffe der aequitas wenden, ſo iſt hierbei vor Allem noch in Betracht zu ziehen Orat Part. 37, 129. 130., welche lautet:

> Juris est omnis ratio nobis explicanda. Quod dividitur in duas partes primas, naturam atque legem et utriusque generis vis in divinum et humanum jus est distributa, quorum aequitatis est unum, alterum religionis. Aequitatis autem vis

3) Vergl. namentlich I, 7, 23.; ſiehe auch de Fin. II, 18. fin.

4) Anders ſind freilich die Begriffe religio und pietas definirt in de Inv. II, 22. u. 53.

5) Der dichotomiſchen Eintheilung des Plato entſpricht de Fin. V, 23, 65., wo neben der justitia und beneficentia (worüber Vergl. §. 38.), welche der justitia gegen die homines entſprechen, die pietas allein genannt wird. Aehnlich noch öfter.

est duplex: cujus altera directo et veri et justi, et, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur; altera ad vicissitudinem referendae gratiae pertinet, quod in beneficio gratia, in injuria punitio nominatur. Atque haec communia sunt naturae atque legis.

In dieſer Stelle wird zunächſt das geſammte Recht in natura und lex, d. i. in jus naturale und jus civile, und ſodann jedes von Beiden entſprechend der in §. 3. dargelegten dichotomiſchen Eintheilung des Plato anderweit in jus divinum und jus humanum zerlegt. Dem jus divinum entſpricht ſodann wiederum die religio, dem jus humanum dagegen die aequitas. Dieſe aequitas nun, welche ebenſowohl das naturale, wie civile jus humanum beherrſcht, umfaßt ſelbſt wiederum einen doppelten Beſtandtheil theils die vicissitudo referendae gratiae, welche beim beneficium zur gratia, bei der injuria zur punitio ſich geſtaltet, worüber vergl. §. 38. Note 295., theils endlich ſowohl das verum et justum, wie dasjenige, was als aequum et bonum techniſch bezeichnet wird (ut dicitur).

Sonach kehrt die aequitas in dieſer Stelle zweimal in verſchiedener Bedeutung wieder: als Oberbegriff, aequitas genannt, und als der Theil dieſer aequitas, aequum et bonum benannt.

Gleiches gilt von der in §. 2. erörterten Top. 23, 90., wo aequitas das geſammte Recht in der von Plato gegebenen trichotomiſchen Claſſification umfaßt und ein Theil deſſelben, das jus humanum von Cicero wiederum in die justitia und aequitas zerlegt wird. Dieſe letztere Eintheilung in justitia und aequitas entſpricht aber der obigen in das verum et justum und das aequum et bonum, obgleich die hier neben dieſen beiden Beſtandtheilen genannte vicissitudo referendae gratiae in Part. cit. nicht angegeben iſt.

Endlich gleiche Bewandtniß hat es, wenn Cicero in der in §. 4. behandelten de Rep. 1, 2. die justitia in die justitia und aequitas zerlegt, indem auch dieſe beiden dem verum et justum und aequum et bonum der Part. cit. entſprechen.

In dieſem Unterbegriffe aequitas nun, der in Gemeinſchaft mit der justitia i. e. S. die Sphäre des Oberbegriffes aequitas d. i. des jus oder der justitia in w. S., reſp. des jus humanum umfaßt, erkannten wir in §. 9 sq. die juriſtiſche aequitas und

dieſe fällt ſomit gegenwärtig ganz außerhalb des Geſichtskreiſes unſerer Unterſuchung, während jener Obergriff der aequitas es iſt, der fortan allein als der rechtsphiloſophiſche Begriff unſere Aufmerkſamkeit in Anſpruch nimmt.

§. 6.

Die Stellung der rechtsphiloſophiſchen aequitas zum Rechte wird von Cicero zunächſt inſofern verſchieden angegeben, als in Top. 23, 90. dieſelbe in Beziehung geſetzt wird zum jus im Allgemeinen, dagegen in Partit. 37, 129. lediglich mit dem jus humanum in Verbindung ſteht. Dieſem Widerſpruche meſſen wir indeß ein großes Gewicht nicht bei, weil er folgelos geblieben iſt: vielmehr allenthalben da, wo Cicero von der justitia oder dem jus ohne Beziehung zu deſſen Eintheilung in ein jus divinum und humanum ſpricht, — und dies iſt die durchgreifende Regel, — wird dieſe aequitas, inſoweit ſie überhaupt zu Tage tritt, auch mit der justitia oder dem jus im Allgemeinen in Verbindung geſetzt.

Dieſe aequitas iſt nun, wie wir bereits bemerkten, die ἰσότης des Ariſtoteles [6]), jedoch mit zwei dem Ariſtoteles theils fremden, theils bekannten Modificationen des urſprünglichen Begriffes. Wenn nämlich das ariſtoteliſche ἴσον von Vorn herein im Weſentlichen nur die nämliche Beziehung des Rechtes vertrat, welche als einem μέσον dem δίκαιον zukam, von hier aus aber bereits bei Ariſtoteles in jenem ἴσον die weitere veränderte Beziehung hervortrat, welche das Merkmal der Gleichheit als eine beſondere, dem Rechte zukommende Eigenſchaft auffaßte, ſo daß nunmehr das ἴσον neben dem μέσον ein zweites ſelbſtſtändiges Merkmal des Rechtes bildete und das Letztere als ein

6) Plato definirt zwar nach Défin. p 411, e. die δικαιοσύνη auch als ἰσότης κοινωνική, allein dieſe Begriffsbeſtimmung erſcheint ebenſowohl als eine nur vereinzelte und beiläufige, wie ſie auch ein lediglich abgeleitetes Merkmal enthält; vielmehr nimmt in ſeiner Rechtslehre die ἰσότης durchaus keine maaßgebende feſte Stellung ein. Anders war dies bei den Stoikern, die den ariſtoteliſchen Rechtsbegriff in ihre Theorie einfügten: bei ihnen iſt die ἰσότης nebſt der εὐγνωμοσύνη ein Product der δικαιοσύνη, nicht aber ein Attribut des Rechtes ſelbſt; Diogen. Laert. VII, 126. Stob. Ecl. Eth. II. p. 102. Heer.

Quantum, als ein μέσον characteriſirte, welches theils als ein gleiches, theils in gleicher Maaße allen Rechtsſubjecten zugeſprochen ward (vergl. §. 25.); ſo hat Cicero, wie überhaupt wohl die geſammte ſpätere Wiſſenſchaft (ſo namentlich Quintilian nach §. 47. Note 351.) in dem ἴσον des Ariſtoteles nicht jenes urſprüngliche Merkmal des Rechtes anerkannt, welches als das gleichmäßig von den beiden Extremen Abſtehende mit dem μέσον zuſammenfiel, ſondern daſſelbe als die hiervon verſchiedene Eigenſchaft des Rechtes aufgefaßt, welche das Letztere als ein Gleiches oder gleichmäßig Zukommendes characteriſirt. Dagegen die dem Ariſtoteles fremde Modification bezüglich des ἴσον beruht darin, daß Cicero in dem jus nicht ein Quale und Quantum anerkennt, welches durch die lex den Perſonen zugeſprochen wird, ſondern, gleich uns, die Summe der Gebote, welche die lex aufſtellt (vergl. §. 40.). Indem nun dieſem in dem Gattungsmerkmale veränderten Begriffe des jus die Eigenſchaft als ἴσον beigelegt wird, ſo gewinnt nun das Letztere eine veränderte Stellung zum jus [7]): es characteriſirt das Recht als eine Norm, welche theils ein Gleiches, theils Etwas in gleicher Weiſe allen Perſonen zuerkennt. Hiermit aber geſtaltet ſich das ἴσον zum Ausdrucke eines beſonderen Principes des Rechtes, der Gleichheit nämlich des Quale und Quantum, welches das Recht zuſpricht, oder der Modalität, nach welcher das Recht Etwas zuerkennt, ſomit folgeweiſe zum Principe der Gleichheit der Rechtsſubjecte vor dem Geſetze. In dieſem Sinne nun erklärte Cicero das Recht für ein aequum oder par [8]) und legte demſelben eine aequitas oder aequabilitas bei.

Endlich die Frage, ob wir dieſe Qualificirung des Rechtes in Wahrheit auf den ariſtoteliſchen Rechtsbegriff zurückzuführen befugt ſind, kann bei der Stellung Cicero's zur griechiſchen Philoſophie im Allgemeinen einem Zweifel nicht unterliegen und wird insbeſondere noch unterſtützt dadurch, daß Cic. de Rep.

---

7) Dieſe Modification läßt ſich dahin feſtſtellen, daß Cicero dem aequum die nämliche Beziehung zum jus beilegt, welche bei Ariſtoteles das ἴσον zum νόμος hatte.

8) Wegen par insbeſondere vergl. de Inv. II, 22, 54.: par i. e. quod in omnibus aequabile est.

III, 7. den ariſtoteliſchen Begriff der justitia ausdrücklich dahin characteriſirt: aequitatem in omnibus servat.

§. 7.

Die in §. 6. hervorgehobene Bedeutung von aequum und par, von aequitas und aequabilitas als der Bezeichnungen des Rechtsprincipes der Gleichheit in Beurtheilung der Rechtsverhältniſſe, wie der Gleichheit der Perſonen vor dem Geſetze tritt deutlich wahrnehmbar hervor in Top. 4, 23.:

> Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat;

ſodann in de Rep. III, 32.:

> Quare cum lex sit civilis societatis vinculum, jus autem legis aequale: quo jure societas civium teneri potest, cum par non sit conditio civium? Si enim pecunias aequari non placet; si ingenia omnium paria esse non possunt: jura certe paria debent esse eorum inter se, qui sunt cives in eadem re publica;

endlich in de Off. II, 12, 41. 42.:

> Quum premeretur inops multitudo ab iis, qui majores opes habebant, ad unum aliquem confugiebant virtute praestantem; qui quum prohiberet injuria tenuiores, aequitate constituenda summos cum infimis pari jure retinebat. Eademque constituendarum legum fuit causa, quae regum. Jus enim semper quaesitum est aequabile: neque enim aliter esset jus. Id si ab uno justo et bono viro, erant eo contenti. Quum id minus contingeret, leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur;

womit in Verbindung zu ſetzen ſind de Rep. V, 2.:

> Nihil esse tam regale, quam explanatio aequitatis, in qua juris erat interpretatio;

Top. 2, 9.:

> Jus civile est aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas [9]):

9) Vergl. auch Auct. ad Herenn. III, 2, 3.: Justitia est aequitas, jus unicuique tribuens pro dignitate cujusque.

de Fin. V, 23, 65.:

> animi affectio —— societatem conjunctionis humanae munifice et aeque tuens, justitia dicitur;

ferner de Off. II, 22, 78. und 79.:

> Aequitatem, quae tollitur omnis, si habere suum cuique non licet; und: Quam autem habet aequitatem, ut agrum, multis annis aut etiam saeculis ante possessum, qui nullum habuit, habeat, qui autem habuit, amittat?

Ibid. II, 23, 83.:

> Eaque est summa ratio et sapientia boni civis, commoda civium non divellere, atque omnes aequitate eadem continere;

de Orat. I, 42, 188.:

> Sit ergo in jure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio;

de Inv. I, 2, 3.:

> Profecto nemo nisi gravi ac suavi commotus oratione, cum viribus plurimum posset, ad jus voluisset sine vi descendere, ut inter quos posset excellere, cum his se pateretur aequari.

Mit Rückſicht hierauf ſagt daher Cicero auch de Off. I, 19, 64.: servare aequitatem, quae est justitiae maxime propria; in Cat. IV, 1, 2.: forum, in quo omnis aequitas continetur; de Off. II, 4, 15.: juris aequa descriptio; de Orat. II, 52, 209. und de Off. I, 25, 88.: aequabilitas juris; p. Caec. 25, 70., de Inv. I, 2, 2., 53, 102. und Auct. ad Herenn. III, 3, 4.: jus aequabile, wozu vergl. ad Quint. fr. I, 1, 20.; de Off. I, 34, 124.: aequum et par jus; de Leg. I, 18, 48.: aequitas et jus, womit in §. 19. correſpondirt: aequalitas et justitia.

In allen dieſen Fällen können wir, freilich theils mit größerer, theils mit geringerer Sicherheit, den ariſtoteliſchen Begriff des ἴσον und der ἰσότης durch die Ausdrücke aequum und par, aequitas und aequabilitas vertreten finden, wobei indeß zwiſchen den beiden letzteren noch die Verſchiedenheit obzuwalten ſcheint, daß die aequitas zunächſt die objective Beziehung: die Gleichheit in Beurtheilung der Rechtsverhältniſſe, dagegen die aequabilitas zunächſt die ſubjective Beziehung: die Gleichheit der Perſonen vor dem Geſetze repräſentirt, welches Letztere namentlich

in de Rep. durchgehends der Fall ist (z. B. I, 27.), wo die aequabilitas vornämlich zur Bezeichnung der politischen Gleichheit der Bürger wird [10]).

§. 8.

Ziehen wir nun endlich die Frage in Erwägung, ob dieser Begriff der aequitas in irgend welcher inneren Beziehung zu dem rechtsphilosophischen Systeme Cicero's oder zu der Rechtstheorie oder zur Rechtsanschauung der damaligen Zeit gestanden habe, so müssen wir dieselbe verneinen. Denn das Dogma von der aequitas des Rechtes ist den übrigen rechtsphilosophischen Lehren Cicero's nur angefügt, ohne mit denselben in irgend welchem Causalitätsverhältnisse zu stehen. Ebensowenig läßt sich irgend welche innere Beziehung dieser aequitas mit dem von der Jurisprudenz getragenen, in §. 8. ff. dargelegten Begriffe der aequitas entdecken, noch auch vermögen wir solche Beziehung gegenüber der vulgären aequitas anzunehmen. Dennoch dürfte eine Verbindung der letzteren Art von Cicero beabsichtigt gewesen sein in der Weise, daß derselbe mit Hülfe der aristotelischen ἰσότης die vulgäre aequitas wissenschaftlich zu construiren und zu einer philosophischen Bedeutung zu erheben unternahm. Allein da bei dieser Operation die von Cicero aufgestellte aequitas in einen selbstständigen philosophischen Begriff sich verwandelt, der mit der vulgären aequitas sich nicht verschmilzt, so erscheint jene philosophische aequitas lediglich als eine Schöpfung Cicero's, welche, weil sie, wie bemerkt, ohne inneren wesentlichen Zusammenhang mit dessen übrigen philosophischen Lehren steht und durch keinerlei nothwendige Consequenz mit denselben verbunden ist, andrerseits aber auch ohne Verbindung mit der Rechtstheorie und der vulgären Anschauung bleibt, eine nur untergeordnete Beachtung finden kann.

10) Der aequabilitas entspricht sonach ebensowohl die ἰσότης, wie insbesondere auch die ἰσονομία und ἰσηγορία; vergl. Niebuhr, röm. Gesch. II. Note 640. Beier ad Cic. de off. I. §. 88. Völlig irrig dagegen ist es, wenn Forcellini die aequitas mit der ἰσοτιμία identificirt.

Beilage II.

Ueber Cic. de Off. III, 17, 68. 69.

Zu §. 13.

---

§. 1.

Die in der Ueberſchrift bezeichnete Stelle lautet folgendermaaßen:

Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias: leges, quatenus manu tenere possunt; philosophi, quatenus ratione et intelligentia. Suntne igitur insidiae, tendere plagas, etiam si excitaturus non sis feras, nec agitaturus? Ipsae enim, nullo insequente, saepe incidunt. Sic tu aedes proscribas, tabulam, tamquam plagam, ponas, domus propter vitia vendas; in eam aliquis incurrat imprudens. Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque turpe haberi, neque aut lege sanciri aut jure civili, tamen naturae lege sancitum est. Societas est enim (quod etsi saepe dictum est, dicendum tamen est saepius,) latissime quidem quae pateat, hominum inter homines; interior eorum, qui ejusdem gentis sunt; propior eorum, qui ejusdem civitatis. Itaque majores aliudi jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt. Quod civile, non idem continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos veri juris germanaeque justitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus: umbra et imaginibus utimur: eas ipsas utinam sequeremur! feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.

Daß man dieſe Stelle ſo häufig als Beleg einer Identität des jus naturae und jus gentium bei Cicero anführen und citiren konnte, beweiſt, gelind geſagt, eine ſtarke Voreingenommenheit der Anſchauung, zu deren Berichtigung es nur weniger Worte bedürfen würde, wenn nicht der Umſtand, daß Cicero in jener Stelle in kurzen, ſcheinbar abgeriſſenen Sätzen und in offenbaren Gedankenſprüngen ſich bewegt, es angemeſſen erſcheinen ließe, zuvor durch Darlegung des Zuſammenhanges je-

ner Stelle deren Sinn bestimmter festzustellen und zum Abschluß zu bringen.

§. 2.

Der Zusammenhang und Sinn der fraglichen Stelle, wie dieser mit Rücksicht auf deren Umgebung in lib. III. de Off. zu bestimmen ist, ist folgender:

A. Es ist gegen die lex naturae (oder turpe oder der honestas zuwider) der dolus malus d. i.

I) Etwas wissentlich um des eigenen Vortheils willen zum Nachtheil des Anderen zu verschweigen, (dissimulatio) c. 12, 13.

II. durch Worte Jemanden zu übervortheilen, (simulatio) c. 14.

B. Beides ist auch verpönt durch das positive Recht, das jus civile (im Gegensatze zum jus naturae), c. 15, und zwar:

1) durch das prätorische Edict, nämlich durch die formulae des Aquillius über den dolus malus; denn wenn diese formulae gegen den dolus malus in der Weise, wie Aquillius diesen letzteren Begriff bestimmt, verwirklicht werden, so hat jener alle simulatio, wie dissimulatio aus dem Leben verbannt; c. 15, 60. in Verbindung mit c. 14, 60.

2) durch einzelne specielle Gesetze, wie durch die XII Tafeln bezüglich der Tutel und durch die lex Plaetoria; c. 15, 61.

3) ohne Gesetz und durch die mores bei allen arbitria; c. 15, 61.

hieran nun knüpft sich eine Zwischenbemerkung über die schwankende Gränze des dolus malus, und die Anempfehlung, diesen im Leben so häufigen Fehler zu meiden; c. 15, 62—64.

4) durch die auctoritas ICtorum beim Verkaufe von Grundstücken; c. 16.

hierauf folgt als weitere, ad I. und II. bezügliche, das Verhältniß des jus civile und naturale in Hinsicht auf die Reprimirung des dolus malus betreffende Zwischenbemerkung:

Dennoch und trotz des gemeinschaftlichen Verbotes des dolus malus ist der Standpunkt der Jurisprudenz und Philosophie bei Bekämpfung jenes dolus ein verschiedener: die Juristen rügen die astutiae nur insoweit, als sie dieselben mit der Hand zu greifen vermögen; die Philosophen insoweit, als die ratio und intelligentia reicht. Die ratio aber gebietet, daß schlechterdings alle insidiae vermieden werden und verpönt daher auch,

den Anderen in unſere Schlingen gerathen zu laſſen, auch wenn wir ihn nicht hineinlockten, c. 17, 68. Demgemäß iſt ſolches Verfahren, wenn es auch in Folge der Corruptel der Sitten nicht durch das poſitive Recht (mores, lex und auctoritas Ictorum) verpönt iſt, ſo doch durch die lex naturae in wahrhaft geſetzeskräftiger Weiſe unterſagt; denn das geſellige Zuſammenleben der Menſchen umſchließt ja ein mehrfaches Gemeinweſen: nicht bloß die societas gentis und civitatis, ſondern auch die societas hominum, für welche letztere eben die lex naturae Rechtsgeſetz und ordnende Regel iſt. Und ſelbſt die Vorfahren haben die Wahrheit dieſer Verſchiedenheit der societates ſchon anerkannt und demgemäß ein doppeltes Recht geſetzt: das jus civile für die gens [1]) und civitas, das jus gentium für das genus humanum, von denen das Letztere zugleich ein civile ſein ſoll, während das Erſtere ausſchließlich iſt. Dennoch aber (trotz dieſer bindenden Kraft der lex naturae für uns, als die Glieder der societas hominum, und trotz der in der Conſtituirung des jus gentium kundgegebenen Anerkennung dieſer societas Seitens unſerer Vorfahren) kennen wir in dieſem jus gentium ebenſo-

1) Unter gens verſteht Cicero hier wahrſcheinlich die gens Itala, welche ſeit den leges Julia und Plautia Papiria in Folge der erlangten Civität, früher in Folge des innegehabten connubium und commercium, wie theilweis ſchon der civitas an dem jus civile Theil nahm. Die gens bezeichnet das Volk im weiteſten, ethniſchen Sinne und umfaßt die verſchiedenen Volksſtämme, die nomina oder nationes, welche ſelbſt wieder aus mehreren Völkern im politiſchen Sinne, den populi oder civitates beſtanden, ſo z. B. gens Itala, nomen Latinum, populus Laurentinus; vergl. Cic. de N. D. III, 39.: Deum non curare singulos homines, nec civitates, nec nationes, nec gentes; auch Tac. Germ. 2.: ita nationis nomen, non gentis evanuisse paulatim; ferner Cic. de leg. II, 13.: omnesque populi cunctaeque gentes, und weiterhin: tot nationes. In de Off. I, 17, 53. ſtellt Cicero ebenfalls abwärts ſchreitend neben einander gens, natio, lingua, wo die lingua in gleicher Maaße der gens, wie der natio attribuirt iſt (vergl. §. 46.). Daß dabei der Umfang von gens je nach dem Geſichtspunkte des auctor ein verſchiedener war, iſt ſelbſtverſtändlich; ſo ſagt Cicero de Rep. III, 4.: aut Italiae Latium aut ejusdam Sabinum aut Volscam gentem. Vergl. endlich Gronov. ad Liv. V, 34, 5. Forcellini s. v. gens §. 3—5. und die daſelbſt citirten Autoren und Belege, wozu noch Ovid. Metam. II, 215., Quint. J. O. XII, 2, 3. (populi et gentes), ſowie Sinnius Capito bei Festus p. 166. M., Justin. Praef. u. I, 1.

wenig, wie in dem jus civile die höchſte Gerechtigkeit in ihrer wahren Geſtalt, ſondern lediglich deren ſchwaches und getrübtes Abbild, und auch dieſes, welches ſelbſt in ſeiner Unvollkommenheit noch anerkennenswerth iſt, weil es den beſten Vorſchriften der lex naturae nachgebildet iſt, wird nicht einmal von uns befolgt; c. 17, 69. denn wie ſchön lauten jene goldenen Worte: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem! und: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione! wie endlich jenes: Ex fide bona! Allein ihre Bedeutung eben iſt es, die das Leben in Frage ſtellt; c. 17, 70. Daher entſaget jener Weltklugheit, die ſich für Weisheit ausgiebt, aber nur Afterweisheit iſt! c. 17, 71.

5) durch das ädiliciſche Edict bei Veräußerung von Sclaven; c. 17, 71.

§. 3.

In der in Betracht gezogenen Stelle intereſſiren uns nun vornämlich drei Gruppen von Gegenſätzen:

1) a. die leges beſeitigen die astutiae nur annäherungsweiſe;
   b. die philosophi beſeitigen ſolche durchgreifend;
2) a. weder mos, noch lex, noch jus civile reprobiren das tendere plagas;
   b. die lex naturae verpönt es;
3) a. das Recht, deſſen wir uns bedienen, iſt theils jus civile, theils jus gentium; daſſelbe gleicht der umbra und den imagines des verum jus und der germana justitia; es iſt entlehnt aus den optima naturae et veritatis exempla;
   b. wir kennen nicht das verum jus und die germana justitia (noch kennen wir die natura et veritas ſelbſt im Originale).

Die Glieder unter a ſtellen ſich nun dar lediglich als verſchiedener Ausdruck des nämlichen Gedankens oder wenigſtens als Ausdruck einer verſchiedenen Beziehung des nämlichen Denkobjectes, und gleiches gilt von den Gliedern unter b. Insbeſondere dienen hierbei die Ausdrücke: philosophi, lex naturae, verum jus zur Umſchreibung des jus naturae, während dagegen die Bezeichnungen: leges, ferner mos, lex und jus civile, endlich

jus gentium und jus civile das jus civile [2]) im Gegenſatze zum jus naturae umſchreiben.

Hiernach aber wird das jus gentium mit ſeinem Gegenſatze, dem jus civile ausdrücklich vom jus naturae ausgeſchloſſen und dieſem direct gegenübergeſtellt, indem es vielmehr dem Gegenſatze des Letzteren, dieſem anderen jus civile überwieſen wird. Dieſes jus civile ſelbſt wird jedoch in der obigen Stelle ebenſowenig, wie das jus naturae, namentlich bezeichnet, vielmehr lediglich durch die Eintheilungsglieder zweier ihm angehörigen Diviſionen umſchrieben, nämlich durch die Begriffsreihe von mos, lex und jus civile, welche aus der Eintheilung jenes jus civile nach der Modalität ſeiner äußeren Erſcheinung und der Form ſeiner Conſtituirung als Recht ſich ergiebt, ſowie durch die Begriffsreihe von jus gentium und jus civile, welche durch die Eintheilung jenes jus civile nach dem Grunde ſeiner Herrſchaft über das Rechtsſubject bedingt iſt.

Alle dieſe Momente aber thuen dar, daß aus der obigen Stelle weniger eine Identität von jus gentium und jus naturae, als vielmehr eine grundweſentliche Verſchiedenheit Beider ſich ergiebt.

---

2) Der Ausdruck jus civile kommt in obiger Stelle in einer vierfachen Bedeutung in Betracht:

1. Im Gegenſatz zum jus naturae; dieſer Begriff iſt nicht durch den Ausdruck jus civile wiedergegeben, ſondern durch leges umſchrieben;
2. Im Gegenſatze zum jus gentium; in den Worten: itaque majores — bis — non idem continuo gentium;
3. Im Gegenſatze zu mos und lex, d. i. in der Bedeutung von auctoritas ICtorum;
4. Zur Bezeichnung des Rechtes, welches über die römiſchen Bürger herrſcht, gleichviel ob daſſelbe jus civile oder jus gentium iſt. Dieſe Bedeutung giebt ſich kund in den Worten: quod autem gentium, idem civile esse debet, und ſie iſt inſofern beachtenswerth, als ſie die ſeltnere iſt. Vergl. auch §. 14. Note 38.

Endlich der Ausdruck lex bedeutet in obiger Stelle die lex scripta, während der Ausdruck leges das geſammte jus civile inbegreift.

Beilage III.

Ueber die Begriffe von natura und naturalis in den juriſtiſchen Quellen.

Zu §. 53.

---

§. 1.

Der Ausdruck natura repräſentirt für ſich allein, wie in der Verbindung von rerum natura in den römiſchen Quellen den dreifachen Begriff, den die deutſche Sprache damit verbindet, und erſcheint demgemäß in der Bedeutung als Inbegriff theils alles Geſchaffenen überhaupt: des Univerſum, theils der Sinnenwelt insbeſondere: der phyſiſchen Natur, theils endlich als Inbegriff der den Dingen und Weſen zukommenden Merkmale und Eigenſchaften: als Natur und Weſen der Dinge [1]).

Die erſte Bedeutung von natura, welche insbeſondere auch der φύσις der Stoiker zu Grunde liegt, findet ſich, bedingt hierdurch, vornämlich häufig in den philoſophiſchen Werken des Cicero; allein da ſie, wie es ſcheint, in den juriſtiſchen Quellen nicht vorkömmt, ſo ſehen wir, obgleich dieſer Thatſache durchaus keine höhere Bedeutung, als der einer rein zufälligen Erſcheinung beizumeſſen iſt, doch auf Grund derſelben bei unſerer nachſtehenden Erörterung von dieſer erſten und weiteſten Bedeutung des Ausdruckes natura vollſtändigſt ab, nur die beiden anderen Bedeutungen als ausſchließlich maaßgebend in's Auge faſſend.

§. 2.

Die in unſeren juriſten Quellen vorherrſchenden beiden Begriffe von natura gewinnen in Folge einer veränderten Richtung der Anſchauung je zwei neue Bedeutungen, dadurch nämlich,

---

1) Vergl. wegen rerum natura Gloss. Labb.: Rerum natura, φύσις πραγμάτων, καὶ ἡ τοῦ παντὸς φύσις; hierin iſt bezüglich des Ausdruckes rerum natura die dritte und erſte der obigen Bedeutungen bezeugt. Ferner wird die zweite der im Texte angegebenen Bedeutungen in den juriſtiſchen Quellen namentlich durch die Redensart in rerum natura esse, die dritte derſelben durch den Ausdruck per rerum naturam vertreten. Vergl. unten §. 2.

daß man theils jene Begriffe von der Gesammtheit ihrer Objecte auf einzelne Gattungen, Arten und Individuen derselben überträgt, theils daß man mit jenen Begriffen die Vorstellung einer ordnenden Regel verbindet und so der natura die Bedeutung einer lex naturae unterlegt. Hierdurch ergeben sich zwei Gruppen von je drei Begriffen, deren jede von einer der obigen beiden Bedeutungen des Ausdruckes bestimmt und beherrscht wird. Demgemäß statuiren wir daher folgende Bedeutungen von natura:

I. 1) Inbegriff der Sinnenwelt: physische Natur;
2) Physische Beschaffenheit eines Naturdinges;
3) Gesetz der Sinnenwelt: Naturgesetz.

II. 1) Inbegriff der Merkmale und Eigenthümlichkeiten der Dinge und Wesen: Natur der Dinge oder Natur der Sache;
2) Inbegriff der Merkmale und Eigenthümlichkeiten eines Dinges oder Wesens: Natur, Wesen des Dinges oder Wesens;
3) Die aus der Natur im Sinne unter 1. u. 2. sich ergebende, ordnende Regel: das durch die Natur der Dinge gegebene Gesetz, die ratio naturalis, lex naturae, wie das jus naturale.

Von beiden Grundbedeutungen erscheint die unter II. als die weitere, da die Natur eines Dinges in diesem Sinne nicht allein die durch die Gesetze seiner Entstehung, Fortdauer und seines Unterganges, wie seiner Organisation und Entwickelung bedingten Eigenthümlichkeiten und Merkmale umfaßt, sondern unter jenen Begriff auch andere Eigenschaften und Besonderheiten der Dinge fallen, welche nicht unmittelbar aus dem Naturgesetze hervorgehen, sondern entweder in Folge äußerer Einwirkung zu den Dingen hinzutreten, oder in Folge eigener, mehr oder minder selbstständiger Entwickelung in den Dingen selbst sich bilden und hervortreten.

Zunächst nun die Bedeutungen unter I. betreffend, welche für unseren Standpunkt von geringerer Wichtigkeit sind, so bieten für dieselben mannichfache Belege die von Brissonius de Verb. Sign. s. v. Natura gesammelten Stellen; indem wir daher

im Allgemeinen hierauf verweiſen, ſo geben wir als beiſpielsweiſe Belege nachſtehende Stellen:

für 1.: Gajus lib. 2. Aureor. (l. 28. §. 1. D. de usur. 22, 1.):

Omnes fructus rerum natura hominum gratia comparavit,

wie die Redensart in rerum natura esse, worüber die Belege geſammelt ſind von Brisson l. c. §. 4. 5.;

für 2.: Paulus lib. 17. ad Edict. (l. 12. §. 2. D. de jud. 5, 1.):

Quidam — impediuntur, ne judices sint, — natura, ut surdus, mutus,

ſowie Labeo bei Paulus lib. 49. ad Edict. (l. 2. §. 6. D. de aqu. 39, 3.):

Naturam agri ipsam a se mutari posse (ex. gr. terrae motu);

für 3.: Ulpian. lib. 53. ad Edict. (l. 1. §. 1. 13. D. eod.):

Natura aqua nocet; aqua natura fluit.

Dagegen die Bedeutung unter II., welche wir bereits bei Cicero anerkannten[2]), gewinnt in den juriſtiſchen Quellen insbeſondere für unſere Anſchauung das höchſte Intereſſe dadurch, daß auf die natura in dieſem Sinne das jus naturale der Römer fundirt iſt, worüber vergl. §. 53 sq. Demgemäß findet die natura in dieſem Sinne eine zahlreiche Vertretung in unſeren Quellen und für jede der durch dieſen Wortſinn bedingten drei Specialbedeutungen laſſen ſich vielfältige Belege geben. Indem wir in dieſer Beziehung auf die in §. 53 sq. angegebenen Stellen verweiſen, ſo mögen hier wenigſtens als beiſpielsweiſe Belege Platz finden:

für 1.: Paulus lib. 54. ad Edict. (l. 3. §. 5. D. de poss. acqu. 41, 2.):

Contra naturam est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris,

Javolenus lib. 1. Epist. (l. 23. §. 2. D. de acqu. poss. 41, 2.):

Neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possim, quem civiliter in mea potestate non habeo,

ſowie die Ausdrucksweiſe per rerum naturam, wofür die Stellen geſammelt ſind von Brisson. l. c. §. 6.;

für 2.: Marcianus lib. 7. Instit. (l. 65. §. 3. D. de leg. III.):

Ornatricibus legatis, Celsus scripsit, eas, quae duos tantum menses apud magistrum fuerint, legato non cedere; alii et

2) Vergl. §. 37. Note 262.

has cedere, ne necesse sit, nullam cedere, quum omnes adhuc discere possint, et omne artificium incrementum recipiat. Quod magis obtinere debet, quia humanae naturae congruum est.

für 3.: Ulpianus lib. 47. ad Edict. (l. 42. D. de V. S. 50, 16.): Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam — — more civitatis.

§. 3.

In der unter II, 2. angegebenen Bedeutung insbesondere ist natura, auf Verhältnisse bezogen, gleichbedeutend mit status, in welchem Sinne auch beide Ausdrücke verbunden werden von Papinianus lib. 27. Quaest. (l. 5. §. 1. D. de duob. reis 45, 2.): Statum et naturam obligationis —— mutare non potest; wie auch verwandt mit forma und modus, nach Celsus lib. 7. Dig. (l. 48. §. 2. D. mand. 17, 1.), Paulus lib. 3. ad Edict. (l. 27. §. 2. fin. D. de pact. 2, 14.) und §. 13. J. de mand. 3. 26., respective nach Paulus lib. 4 Respons. (l. 26. §. 1. D. depos. 16, 3.); dagegen wird andrerseits die natura von der materia und substantia geschieden und derselben entgegengesetzt[3]), so von Gajus lib. 10. ad Edict. prov. (l. 35. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.):

De his vero, quae mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut etc.

Paulus lib. 2. ad Vitell. (l. 78. §. 4. D. de leg. III.):

Illud fortasse quaesiturus sit aliquis, cur argenti appellatione etiam factum argentum comprehendatur, quum si marmor legatum esset, nihil praeter rudem materiam demonstratum videri posset. Cujus haec ratio traditur, quippe ea, quae talis naturae sint, ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa, nunquam vires ejus effugiant;

vergl. auch Gaj. Inst. 2, 79[4]).

---

3) Vergl. Thomas Magist. verb. Attic. Ecl. p. 904. Bernh. φύσις οὐσίας διαφέρει οὐσία μὲν γάρ ἐστιν ἡ ἑκάστου ὕπαρξις· φύσις δὲ ἡ ἐνοῦσά τινι δύναμις. οἷον, φύσις τῆς γῆς τὸ βλαστάνειν βοτάνας, καὶ φύσις τοῦ πυρὸς τὸ θερμαίνειν (Natura a materia discernitur. Materia enim est ipsa cujusque rei substantia; natura autem vis, quae cuique rei inest. Sic natura terrae est proferre herbas, et natura ignis calefacere).

4) Dieser Unterschied von substantia und natura beschränkt sich nicht

und hierauf beruht es auch, daß in der ſo häufigen Wortverbindung: natura sui [5]) die Natur und das Subject ſelbſt, dem jene attribuirt wird, als zwei ſelbſtſtändige Begriffe unterſchieden werden.

Ebenſo wird unterſchieden die natura und qualitas des Dinges, ſo von

Gajus Inst. 4, 66:

> Non omni modo vinum cum vino, aut triticum cum tritico compensandum, sed ita, si ejusdem naturae qualitatisque sit;

pr. I. quib. mod. re contr. 3, 14.:

> In hoc damus, ut aliae ejusdem naturae et qualitatis (sc. res) reddantur [6]);

wo qualitas die dem Individuum innerhalb des genus zukommenden beſonderen Merkmale und Eigenſchaften bezeichnet, während natura die Beſonderheit des genus bezeichnet, daher in jener Stelle des Gajus natura auch ſynonym mit genus gebraucht wird in den Worten:

> In compensationem hoc solum vocatur, quod ejusdem generis et naturae est.

Auch findet ſich die qualitas beſonders characteriſirt und neben der natura, als dem Allgemeineren, hingeſtellt, wie von

Gaj. Inst. 3, 193:

> Ejus magnitudinis aut naturae sit, ut neque subjici, neque ibi imponi possit.

---

bloß auf körperliche Gegenſtände, ſondern geht auch auf unkörperliche; ſo bezeichnet substantia obligationis das Object der Obligation, ſo Papinianus lib. 10. Quaest. (l. 72. pr. D. de contrah. emt. 18, 1.), Scaevola lib. 2. Quaest. (l. 6. D. de S. C. Maced. 14, 6.), Paulus lib. 2. Instit. (l. 3. pr. de O. et A. 44, 7.), Diocletianus et Maximianus in l. 8. C. de rescind. vend. 4, 44. und in l. 3. C. de contr. emt. 4, 38., während natura obligationis die Geſammtheit der Eigenthümlichkeiten und Merkmale der Obligation bezeichnet; vergl. §. 53. und 57.

5) So bei Paulus lib. 72. ad Edict. (l. 83. §. 5. D. de V. O. 45, 1.), lib. 13. ad Plaut. (l. 13. D. de usu et usufr. leg. 33, 2.), Ulpian. lib. 70. ad Edict. (l. 1. §. 4. D. de stip. praet. 46, 5.), lib. 13. ad l. Jul. et Pap. (l. 10. §. 1. D. test. quemadm. ap. 29, 3.); ſo auch bei Macrob. in Somn. II, 1 fin. Zweifelhaft iſt die Lesart bei Paulus lib. 12. ad Sabin. (l. 2. pr. D. de V. O. 45, 1.)

6) In der Originalſtelle bei Gaj. 3, 90. ſteht indeß nur: ut aliae ejusdem naturae reddantur.

wie andrerseits auch die quantitas von der natura unterschieden wird, so von

Justinianus in l. 1. C. de sentent. quae pro eo 7, 47:

In omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, vetuti in venditionibus, et locationibus, et omnibus contractibus, etc.

§. 4.

Das Merkmal, daß ein Verhältniß, oder eine Regel oder eine Benennung u. dergl. der Natur entspricht, durch dieselbe geboten erscheint und auf derselben beruht, wird durch die Ausdrücke naturalis oder naturaliter bezeichnet. Innerhalb der durch diese Begriffsbestimmung gegebenen Gränzen erheben sich jedoch mannichfache Zweifel über den Sinn dieser Ausdrücke, Zweifel, welche namentlich auf die drei Fragen sich reduciren: ob von den in §. 2. statuirten Bedeutungen von natura die unter I. oder unter II., welche sodann von jeder der drei Unterbedeutungen maaßgebend sei; endlich insbesondere noch, welches der leitende Gesichtspunkt ist, von welchem aus eine derartige Prädicirung erfolgt.

Die erste Frage, ob naturalis lediglich die Uebereinstimmung mit der physischen Natur oder mit der Natur der Dinge bezeichne, ist je nach dem Gegensatze, in welchem das naturale gedacht oder gesetzt ist, zu beantworten. Dieser Gegensatz selbst ist aber in der Hauptsache ein doppelter und zwar zunächst in der Weise gegeben, daß dem naturale das durch die Kunst, wie überhaupt durch die Thätigkeit des Menschen oder durch äußere Einflüsse im Allgemeinen Entstandene oder Herbeigeführte gegenübergestellt wird. In diesem Gegensatze wird z. B. gesagt: naturalis cursus fluminis, naturalis agger, interitus, feritas, libertas[7]) u. dergl., indem hier das naturale lediglich das durch die physische Natur oder durch das Naturgesetz Gegebene bezeichnet.

Den anderen Gegensatz bildet das civile, justum, legitimum, ebenso wie auch jus und lex in Gegenüberstellung zur natura erscheinen[8]). In diesem Gegensatze ist stets die natura in wei-

7) Vergl. Brisson. s. v. naturalis.

8) So z. B. Et jus et natura bei Javolenus lib. 9. ex. Cassio (l. 14. §. 1. D. de interrog. 11, 1.); lex aut natura bei Gajus III, 194.; lex, natura, mores bei Paulus lib. 17. ad Edict. (l. 12. §. 2. D. de jud. 5, 1.).

terem Sinne, die Natur der Dinge der maaßgebende Begriff, obwohl innerhalb deſſelben der demſelben mit anheimfallende Begriff der phyſiſchen Natur bald mehr hervortritt, ſo z. B. in der Bezeichnung pater naturalis für den Stuprator, bald ganz verſchwindet, wie in der Bezeichnung obligatio naturalis.

Die zweite jener Fragen, welche der in §. 2. angegebenen drei Bedeutungen innerhalb der durch die Begriffe unter I. oder II. bedingten Gränzen maaßgebend ſei, erſcheint weder von erheblicher Bedeutung, noch laſſen ſich dafür abſtracte Regeln geben, indem lediglich je nach der Anſchauung, die im einzelnen Falle den Juriſten leitete, dieſe Frage entſchieden werden kann. Daher laſſen wir dieſe Frage auf ſich beruhen.

Endlich die dritte der obigen Fragen, welcher Geſichtspunkt bei der fraglichen Prädicirung maaßgebend ſei, taucht lediglich inſofern auf, als naturale im Gegenſatze zu civile, justum oder legitimum ſteht, und wird in §. 5. zur Erledigung gebracht werden.

§. 5.

Naturale im Gegenſatze zum civile, justum, legitimum bezeichnet das Merkmal, daß etwas auf der natura rerum oder der ratio naturalis oder dem jus naturale beruht. Dieſe Beziehung des gedachten Objectes zur natura wird aber von den römiſchen Juriſten in zwiefacher Modalität aufgefaßt, und damit der obigen Eintheilung ſelbſt eine zwiefältige Bedeutung untergelegt. Den leitenden Geſichtspunkt nämlich, welcher als Eintheilungsgrund den Sinn der obigen Eintheilungsglieder beſtimmt, bildet entweder der Urſprung des in Betracht gezogenen Verhältniſſes oder Begriffes, oder deſſen rechtliche Wirkung. Faßt daher der Redende im Hinblick auf die natura rerum ein Rechtsinſtitut oder einen Rechtsbegriff in Bezug auf ſeinen Urſprung und ſeine Herleitung aus derſelben in's Auge, ſo wird ohne Rückſicht auf die etwaige Realiſirung des betreffenden Rechtsinſtitutes durch das poſitive Recht, alles der natura rerum Entſtammte als naturale bezeichnet, während dann, wenn der Zweite der obigen Geſichtspunkte obwaltet, wiederum ohne beſondere Rückſicht auf die Herleitung der Rechtsinſtitute diejenigen derſelben als naturale bezeichnet werden, welche der vom jus civile ſtatuirten rechtlichen Wirkungen entbehren, während andrerſeits

jedes mit ſolchen bekleidete Verhältniß als civile, justum oder legitimum bezeichnet wird.

Dieſer durch jene Duplicität des Eintheilungsgrundes bedingte doppelte Sinn der Eintheilungsglieder erklärt und bedingt zu gleicher Zeit, daß ein und das nämliche Rechtsinſtitut je nach dem einen Geſichtspunkte der natura rerum überwieſen, nach dem anderen wiederum entzogen und dem jus civile untergeordnet wird, daher zugleich naturale und civile iſt, ohne daß hierin irgend welcher Widerſtreit oder eine Meinungsverſchiedenheit ſich offenbarte.

In letzter Inſtanz wurzelt dieſe doppelte Auffaſſung der hier in Frage ſtehenden Eintheilung in der in §. 58. hervorgehobenen doppelten Vorſtellung von jus civile und jus naturale, indem der durch den Hinblick auf den Urſprung des Rechtsinſtitutes ſich ergebende Sinn von naturale, wie von civile, justum und legitimum einzig und allein bedingt iſt von der durch gleiche Rückſicht an die Hand gegebenen Auffaſſung des jus naturale und civile. Inſoweit dagegen für die Bedeutung von naturale, wie civile und dergl. der rechtliche Effect des Rechtsinſtitutes den maaßgebenden Geſichtspunkt bildet, ſteht dieſe Eintheilung in der innigſten Relation mit der Idee einer Zerlegung des Rechtes, bei der dies Vorhandenſein oder der Mangel einer äußeren rechtsconſtituirenden Form den Sinn der Begriffe von jus naturale und jus civile beſtimmt, indem gerade auf dieſer rechtsconſtituirenden Form der Satzung ſelbſt jener rechtliche Effect des Inſtitutes beruht.

Indem daher zwiſchen jener doppelten Auffaſſung von naturale und civile, justum, legitimum einestheils, wie von jus naturale und jus civile anderntheils ein nothwendiger innerer Cauſalnexus obwaltet, ſo können wir je beide Erſcheinungen ebenſowohl als die nothwendige Folge, wie als die weſentliche Vorausſetzung der anderen auffaſſen, wenn ſchon, wie wir bereits in §. 58. hervorhoben, die Bezeichnungen jus naturale und civile ſelbſt in unſeren Quellen nicht als Ausdruck jener Vorſtellung ſich vorfinden, welche das Recht nach der äußeren Form ſeiner Erſcheinung in's Auge faßt und eintheilt.

§. 6.

Das geeignetste Beispiel jener doppelten Bedeutung der Bezeichnung naturale bietet der Ausdruck obligatio naturalis [9]), der in nachstehendem vierfältigen Sinne sich vorfindet [10]):

a. zur Bezeichnung von Obligationen, die der Klagbarkeit ermangeln, wohl aber die soluti retentio und einzelne andere Rechte begründen; dies ist der vorherrschende Sinn des Ausdruckes, wie sich derselbe z. B. bei Papinianus lib. 28. Quaest. (l. 95. §. 4. D. de solut. 46, 3.) findet.

b. zur Bezeichnung von Obligationen, die an sich klagbar, allein durch eine Exception elidirt werden können, dennoch aber durch die der Classe unter a zukommenden Rechtsbehelfe geschützt sind und sonach im Effecte dieser Classe selbst gleichstehen; so z. B. bei Paulus lib. 30. ad Edict. (l. 10. D. de S. C. Maced. 14, 6.).

c. zur Bezeichnung von Verbindlichkeiten moralischer Natur, so z. B. bei Ulpianus lib. 15. ad Edict. (l. 25. §. 11. D. de hered. pet. 5, 3.), lib. 26. ad Edict. (l. 26. §. 12. D. de cond. ind. 12, 6.).

d. zur Bezeichnung von Obligationen, welche mit voller civilrechtlicher Wirkung versehen sind, wie z. B. das mutuum, die dos; vergl. §. 59. Note 488.

Diejenigen Obligationen, welche die Classe unter d bilden, stehen mit als obligationes civiles den unter a, b und c begriffenen obligationes naturales entgegen, indem bei diesen letzteren drei Classen den leitenden Gesichtspunkt und Eintheilungsgrund nur der rechtliche Effect und die Wirkung der Obligationen bilden kann, weil der durch die Herleitung derselben je aus dem jus civile oder jus naturale gegebene Gesichtspunkt das mu-

9) Dafür findet sich auch die Umschreibung: jure naturali obligari, so bei Licin. Rufinus lib. 8. Regul. (l. 59. D. de O. et A. 44, 7.).

10) Vergl. Schilling, Inst. §. 229. Das Hereinziehen der obligatio honoraria in die durch die obligatio civilis und naturalis gebildete Begriffsreihe, welches sich bei Marcian. Lib. sing. at form. hypoth. (l. 5. D. de pign. 20, 1.), Ulpian. lib. 27. ad Edict. (l. 1. §. 6. 7. 8. D. de pec. const. 13, 5.) findet, zeugt von Begriffsverwirrung, da jener Begriff der Sphäre einer wesentlich verschiedenen Eintheilung angehört.

tuum entſchieden nicht, wie dies in Bezug auf die Claſſificationen unter a—c der Fall iſt, den obligationes civiles unterordnen würde, ein dritter Eintheilungsgrund hierbei aber füglich gar nicht denkbar iſt.

Andrerſeits kann der Eintheilungsgrund, welcher in ſeinem Eintheilungsgliede die Claſſe der obligationes naturales unter d, gleichzeitig jedoch auch die Claſſen unter a, b und c umfaßt, nur durch Inbetrachtnahme der materialen Quelle der Obligationen beſtimmt ſein.

§. 7.

Der in §. 5. hervorgehobene doppelte leitende Geſichtspunkt bei der Eintheilung der Rechtsinſtitute und Begriffe in naturales und civiles oder dergl. macht ſich nun innerhalb dieſer Terminologie durchgreifend geltend. Insbeſondere gehören zu denjenigen Eintheilungen, wo der rechtliche Effect der betreffenden Verhältniſſe in's Auge gefaßt iſt, nachſtehende Gegenſätze [11]):

Die Bezeichnung der zwiſchen Sclaven oder zwiſchen Sclaven und Freien, wie der auf dem Concubinate oder auf einem Stuprum, wie überhaupt nicht auf einer römiſch-rechtlichen Ehe beruhenden Verwandtſchaft durch naturalis im Gegenſatze zu der durch das jus civile begründeten Verwandtſchaft als der civilis, legitima, justa; ſo in den Gegenſätzen cognatio naturalis und civilis, liberi naturales und legitimi, pater naturalis und justus, frater, filia naturalis und dergl. Vergl. Schilling, Inſt §. 39. Note f. u. m.

Die Bezeichnung der cognatio als naturalis, der agnatio als civilis, ſo Paulus lib. sing. de grad. et affin. (l. 10. §. 4. D. de grad. 38, 10.):

> alterum enim (sc. agnatorum) civile, alterum (sc. cognatorum) naturale nomen est.

Die Eintheilung des Beſitzes in possessio civilis und naturalis, worüber vergl. Savigny, Beſitz §. 7. 10. Puchta, Pand. §. 124. Note e.

Endlich die Eintheilung des Alters in φυσικόν und ἔννομον bei Theophilus; ſ. §. 102.

---

11) Vergl. Brissonius de Verb. Sign. s. vv.

Dagegen zu denjenigen Eintheilungen, bei welchen der Urſprung des betreffenden Verhältniſſes oder Begriffes maaßgebend war, gehört:

Der Gegenſatz der leiblichen Verwandtſchaft, als der naturalis, zur Adoptivverwandtſchaft, welche jedoch regelmäßig durch adoptivum bezeichnet wird; ſo z. B. cognatio, familia, avus, pater, nepos naturalis, liberi, parentes naturales im Gegenſatz zu den adoptivi; vergl. Schilling Inſt. §. 39. Note k. und m.

Die Scheidung der solutiones obligationis in naturales und civiles bei Pomponius lib. 2. Enchirid. (l. 107. D. de solut. 46, 3.):

> Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur, aut civiliter: naturaliter veluti solutione — —; civiliter veluti acceptilatione; wozu vergl. Marcianus, lib. sing. ad hypoth. form. (l. 49. D. de solut. 46, 3.).

Die Eintheilung des Eigenthumes, der Modus des Eigenthumserwerbes, und der Manumiſſionsarten in φυσικόν und ἔνομον bei Theophilus; ſ. §. 102.

Die Bezeichnung modus civilis acquisitionis in §. 4. I. de donat. 2, 7., wozu allerdings der entſprechende Gegenſatz fehlt.

Die Eintheilung der bonorum appellatio in eine naturalis und civilis bei Ulpian. lib. 59. ad Edict. (l. 49. D. de V. S. 50, 16.).

Endlich die Gegenſätze von naturalis und civilis ratio, jus naturale und civile, wie die Scheidung der aequitas in eine naturalis und civilis bei Labeo in Ulpian. lib 37. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. si is qui testam. lib. 47, 4.).

Rein ſingulär endlich erſcheint die einer trichotomiſchen Eintheilung entſprechende Scheidung der cognatio in eine naturalis per se, civilis per se und utroque jure consistens bei Modestinus lib. 12. Pandect. (l. 4. §. 2. D. de grad. 38, 10.).

Beilage IV.

Ueber den Begriff von ratio in den juriſtiſchen Quellen.

Zu §. 53 ff.

§. 1.

Die Bedeutungen des Ausdruckes ratio ſind, wie in den römiſchen Quellen im Allgemeinen, ſo auch in den juriſtiſchen Ueberlieferungen insbeſondere ſo mehrfältig, daß an eine erſchöpfende Erörterung derſelben hier nicht gedacht werden kann. Eine Beziehung dieſes Begriffes jedoch, welche vornämlich in den Rechtsquellen ſtark und häufig hervortritt, nimmt unſere Aufmerkſamkeit in höherem Grade in Anſpruch, weil der Gang der Erörterung unſeres Werkes uns mehrfach auf dieſe ſpecielle Bedeutung hinlenkte, und ſie iſt es, welche in der gegenwärtigen Specialunterſuchung feſtgeſtellt werden ſoll.

Die ratio erſcheint nämlich in den Rechtsquellen häufig wiederkehrend in folgenden Verbindungen: ratio admittit, deposcit, desiderat, ducit, efficit, facit, patitur, permittit, poscit, postulat, suadet, trahit; rationis est; rationi congruit, congruens est; rationem habet; ratione constituitur, fit, inducitur, servatur, und ähnlich [1]). Wenn wir nun in derartigen Verbindungen die ratio wiederum entweder ohne oder mit einer regelmäßig wiederkehrenden näheren Characteriſirung gebraucht finden, ſo iſt es der erſtere dieſer beiden Fälle, den wir zunächſt in §. 2. in's Auge faſſen.

§. 2.

In den obigen Verbindungen mit den angegebenen Zeitwörtern nimmt die ratio die Stellung einer die Verhältniſſe der Menſchen ordnenden Potenz ein, die ebenſowohl bindende Normen für den Menſchen producirt, als auch ſelbſt die Bedeutung einer die menſchlichen Verhältniſſe regelnden Norm in ſich trägt. Das Merkmal ordnende Potenz innerhalb des Rechtsgebietes

1) Vergl. Brisson. de Verb. Sign. s. v. Ratio, ſowie §. 53. not. 425. 426. §. 57. bei not. 461. §. 58. not. 470. §. 68. not. 534. §. 99. not. 628.

zu ſein, iſt ſomit gemeinſames Criterium der ratio in allen jenen Verbindungen. Allein innerhalb der durch dieſe Beſtimmung gegebenen Gränzen kann der Begriff und das Weſen ſelbſt dieſer Potenz wiederum total verſchieden ſein, indem ſich, bedingt durch die lexicaliſchen Regeln, vier Beſtimmungen darbieten, welche bei Gleichheit und Einheitlichkeit jener Wirkung eine Vierfältigkeit des Begriffes ratio an die Hand geben. Hiernach kann die ratio bezeichnen theils den Grund, theils die Rückſichtnahme auf Etwas, theils die menſchliche Vernunft, theils eine von dieſer ſubjectiven Beziehung abgelöſte und auf eine dingliche Baſis geſtützte, daher objective Vernünftigkeit.

Zunächſt den letzteren Begriff betreffend, ſo mangelt unſerer Sprache der entſprechende Ausdruck und Begriff dafür; denn die ratio erſcheint in dieſem Sinne als eine den Verhältniſſen ſelbſt und den wechſelſeitigen Beziehungen der Dinge und Weſen immanente Potenz, der nicht allein eine Uebereinſtimmung mit den Anforderungen der Vernunft beigelegt, die vielmehr ſelbſt als eine Intelligenz aufgefaßt wird, welche außerhalb des Menſchen ihren Sitz hat, und vermöge eigener, innerer Kraft innerhalb ihres Gebietes Geſetze erzeugt und conſervirt, ſomit ſelbſt als Geſetz ſich manifeſtirt, gerade um deßwillen aber als vernunftvolle ordnende Kraft ſich darſtellt. Wenn daher die ratio in dieſem Sinne um ihrer Wirkung und ihrer Stellung willen noch am Meiſten dem ähnelt, was wir unter einem Principe verſtehen, ſo begreift ſie doch zugleich noch ein Mehreres in ſich, als dieſes, inſofern als das Letztere zwar ebenfalls vernunftentſprechende Sätze producirt und ſelbſt vernunftentſprechend iſt, gleichwohl aber nicht das Merkmal eigener Vernunft und Intelligenz an ſich trägt, welches jener ratio der römiſchen Juriſten zukömmt. Das nämliche Merkmal, eine Intelligenz und vernünftige ordnende Kraft zu ſein, characteriſirt die ratio, als menſchliche Einſicht aufgefaßt, nur daß hier die ordnende Kraft zum Attribute des Menſchen, zum intellectuellen Vermögen deſſelben ſich geſtaltet. Als Grund aufgefaßt, wohnt dieſer ordnenden Kraft nicht eine eigene Intelligenz inne, vielmehr wirkt ſie nur gleich jenen Intelligenzen und zwar in Folge eines gegebenen Geſetzes, welches ihre Wirkung a priori unabweichbar beſtimmt und hierdurch als ordnende Kraft für

die Rechtsverhältniſſe ſie erſcheinen läßt, indem die durch ſie beſtimmte und aus ihr mit innerer Nothwendigkeit hervorgehende Wirkung als regelnde Norm auf die Rechtsverhältniſſe übertragen wird. Endlich als Rückſichtnahme auf Etwas gedacht, iſt die ratio weder ſelbſt eine Intelligenz, noch auch ganz eigentlich eine ordnende Kraft, indem ſie den Act einer geiſtigen Thätigkeit und die Kundgebung eines intellectuellen Vermögens bezeichnet. Inſofern jedoch als aus ſolcher Thätigkeit die ordnende Regel hervorgeht, läßt ſich im Wege der Abſtraction auch dieſe ratio ſelbſt in dieſem Sinne als ordnende Potenz auffaſſen.

Von dieſen vier möglichen Bedeutungen iſt nun in den in §. 1. in Frage gezogenen Verbindungen das Vorkommen der Bedeutung von Grund erweisbar, ſo z. B. bei Julianus in Ulpian. lib. 41. ad Edict. (l. 1. §. 11. D. de ventr. in poss. 37, 9.):

> Rationem non esse, cur venter — — repelli debeat. Est enim aequissimum etc.

ſowie bei Gajus lib. 1. de Verb. Obl. (l. 70. §. 5. D. de fidej. 46, 1.):

> Poenas ob maleficia solvi, magna ratio suadet.

Ingleichen iſt die Bedeutung von Rückſichtnahme auf Etwas erweisbar, ſo z. B. bei Paulus lib. 9. ad Plaut. (l. 8. fin. D. de aur. argent. 34, 2.):

> Demonstratio „muliebria (sc. ornamenta)“ neque vesti, neque mundo applicari, salva ratione recti sermonis, possit.

Die Bedeutung als intellectuelles Vermögen des Menſchen oder, was nach römiſcher Auffaſſung dem gleichſteht, als concreter Kraftäußerung dieſes Vermögens, läßt ſich ebenfalls belegen, ſo durch Celsus lib. 23. Dig. (l. 39. D. de legg. 1, 3.):

> Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet [2]);

indem in dieſer Stelle insbeſondere der Parallelismus von error und ratio auf eine ſubjective Beziehung des letzteren Ausdruckes hinweiſt.

---

2) Wenn Savigny Syſtem I. §. 25. ad not. d. und Beilage II. p. 424. Puchta, Gewohnheitsr. I. p. 61. 81. in dieſer Stelle die ratio für die gemeinſame Ueberzeugung von der Wahrheit und Nothwendigkeit einer Regel erklären, ſo liegt ſelbſtverſtändlich dieſer Sinn dem Ausdrucke an ſich nicht inne, ſondern tritt nur in Folge der ihm gegebenen ſachlichen Beziehung zu demſelben hinzu.

Endlich der Begriff der objectiven Vernünftigkeit, der objectiv-vernünftigen ordnenden Kraft läßt ſich gleichfalls in obigen Verbindungen nachweiſen, ſo z. B. bei Papinian. lib. 19. Quaest. (l. 67. §. 3. D. de leg. II.).

> Is qui heres scriptus est, ratione doli exceptionis ceteris fideicommissum petentibus facere partem intelligitur; nam quae ratio ceteros admittit, eadem tacitam inducit pensationem[3]).

Nach Alle dem nun haben wir anzuerkennen, daß in den in Frage gezogenen Wortverbindungen a priori jede der feſtgeſtellten vier Bedeutungen inwohnen kann. Dagegen die Frage, welche dieſer Bedeutungen je in den einzelnen Stellen wirklich maaßgebend ſei, dafür laſſen ſich in abstracto keine durchgreifenden Regeln aufſtellen, vielmehr iſt dieſelbe lediglich danach zu entſcheiden, welche Vorſtellung in concreto bei dem betreffenden Juriſten maaßgebend war. Wenn ſchon nun nach dem durch die Wortfügung gebotenen Sinne der betreffenden Sentenz in vielen Fällen völlige Zweifelloſigkeit über den Sinn des Ausdruckes ratio erlangt werden wird, ſo wird doch in vielen anderen Fällen dem Zweifel ein Raum bleiben, und namentlich gilt dies inſofern, als mit der Bedeutung der ratio als menſchlicher Vernunft und Einſicht häufig die damit auf's Innigſte verwandte Bedeutung einer dinglichen Vernünftigkeit concurriren wird. In allen ſolchen Fällen aber, wie z. B. bei Africanus lib. 5. Quaest. (l. 88. §. 1. D. ad l. Falc. 35, 2.):

> Rationi non congruit, quando necesse est, totius legati conditionem vel existere vel deficere;

ſowie (l. 108. §. 10. D. de leg. I.):

> Qui V in arca habebat, ita legavit: — — X, quae in arca habeo. Et legatum — valebit, ita tamen, ut sola V — — ex testamento debeantur; ut vero V, quae deerunt, ex testamento peti possunt, vix ratio patitur;

in allen dieſen Fällen, ſagen wir, ſind wir geneigt, in der ratio nicht die Vernunft des Menſchen, ſondern jene auf eine dingliche Baſis geſtützte Vernünftigkeit zu erkennen; denn der §. 3. und 4. werden beweiſen, in welchem ausgedehnten Maaße der letztere Begriff in der römiſchen Jurisprudenz gäng und

3) So auch in den unten in §. 3. a. E. citirten drei Stellen.

gäbe war, während für den erſteren Begriff die entſcheidenden Stellen faſt gänzlich fehlen.

§. 3.

Die ratio, inſofern ſie durch weitere ſtehende Beiſätze charakteriſirt in den in §. 1. hervorgehobenen Verbindungen erſcheint, findet ſich zunächſt mit folgenden Zuſätzen: ratio naturalis, aequitatis, humanitatis, civilis, juris, juris civilis, scripti juris, stricta, subtilis [4]), utilitatis [5]). In allen dieſen Verbindungen vertritt die ratio den Begriff einer auf objectivem Vehikel beruhenden dinglichen Vernünftigkeit. Die objective Baſe ſelbſt aber, auf welche dieſe ratio ſich ſtützt, iſt, wie vielfältig immer obige Bezeichnungen ſind, lediglich eine doppelte, gegeben durch jenen Gegenſatz von Geſchichte und Speculation, der, von den Römern in das Recht hineingetragen, daſſelbe bis in ſeine tiefſten Grundveſten ſpaltete: jener Gegenſätze von jus naturale und jus civile, von aequitas (als aequum et bonum) und jus.

Indem nun zunächſt jus civile und jus naturale als Ausfluß und Ausdruck einer letzten regelnden Potenz anerkannt werden, welche ſelbſt wiederum je der natura rerum und dem civilis status der Dinge als ſelbſtgegebene Ordnung inwohnt [6]), ſo geſtaltet ſich dieſer vernunftentſprechende und geſetz- und vernunftvolle Urgrund der ſchlichtenden Regeln zur objectiven Vernünftigkeit: zur ratio civilis, wie zur ratio naturalis. Das Product der Erſteren iſt das jus civile oder das jus, das Product der Letzteren das jus naturale oder das aequum et bonum; die ratio ſelbſt aber wird in erſterer Beziehung als utilitas, in letzterer Beziehung als aequitas aufgefaßt [7]).

---

4) Vergl. §. 53. not. 425. und 426. §. 57. bei not. 461. §. 58. not. 470. §. 68. sq. 82. 88. 99. Siehe auch Cic. de Inv. I, 5. init: civilis quaedam ratio est, quae multis et magnis ex rebus constat.

5) So Severus A. et Antoninus C. in l. 1. C. de acqu. poss. 7, 32.: tam ratione utilitatis, quam juris prudentia receptum est.

6) Vergl. §. 53. 57. und 58.

7) Aequitas im Sinne des Principes des aequum et bonum, nicht aber als das aequum et bonum ſelbſt, welches der concretere Ausdruck jenes Principes iſt; vergl. §. 68.

Allein auch innerhalb des als Rechtscomplex abgeſchloſſenen Productes jener uranfänglichen ratio wird eine weitere ratio anerkannt: innerhalb des jus civile oder jus die ratio juris civilis oder ratio scripti juris, wie die ratio juris, innerhalb des jus naturale oder aequum et bonum die ratio aequitatis (als ratio aequi et boni) und die ratio naturalis, inſoweit dieſe den entſprechenden Ausdruck ratio juris naturalis mit vertritt. Ja ſelbſt innerhalb der utilitas und aequitas wird ebenfalls wiederum eine beſondere ratio ſtatuirt und als ratio utilitatis, wie ratio aequitatis hingeſtellt, welche dann, bedingt durch die beſondere qualitative Auffaſſung von jus und aequum et bonum auch als stricta oder subtilis ratio, wie als ratio humanitatis bezeichnet werden[8]).

So characteriſirt ſich die ratio in einer doppelten durchgreifenden Modalität, je nach dem zwiefachen Gebiete, dem ſie anheimfällt, nach dem Gebiete des jus und aequum et bonum, oder des jus civile und jus naturale. Allein über der hierdurch bedingten doppelten Richtung der Anſchauung ſteht der Begriff an ſich in ſeiner einheitlichen Geſtaltung und unbeſchränkt durch die Beziehung auf ein ſpecielles Gebiet, und in dieſer Allgemeinheit findet er ſich auch in Verbindungen, wo er das Allgemeine noch neben der ſpeciellen Kundgebung ſeiner ſelbſt vertritt, ſo wenn von Marcianus lib. 9. Fideic. (l. 32. §. 4. D. ad l. Falc. 35, 2.) geſagt wird:

quae sententia et aequitatem et rationem magis habet;

und von Marcellus lib. 3. Digest. (l. 7. §. 1. D. de J. J. R. 4, 1.)

et ratio et aequitas postulabit;

nicht minder von Paulus, lib. sing. de jur. sing. (l. 16. D. de legg. 1, 3.):

jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est

§. 4.

Bei den in §. 3. dargelegten Anwendungen des Begriffes der ratio bleiben indeß die römiſchen Juriſten nicht ſtehen, vielmehr wird einerſeits eine ratio auch Begriffen beigelegt, welche dem jus und der aequitas coordinirt erſcheinen, wie der hones-

8) Vergl §. 68.

tas von Valentinianus et Martianus in l. 2. C. ne fisc. rem 10, 5.: aequitatis honestatisque ratio non patitur; andrerſeits verſetzen die römiſchen Juriſten jenen Begriff aber auch auf weit beſchränktere Gebiete, als ſolche das jus und aequum et bonum bietet. Dieſer Anwendung des Begriffes auf ſpeciellere und untergeordnetere normative Größen bekundet ſich hierbei zunächſt in der doppelten Weiſe, daß ebenſowohl einem einzelnen legislativen Producte, wie einem einzelnen Rechtsinſtitute eine ſolche ratio beigelegt wird. Beiſpiele der erſteren Art der Anwendung der ratio bieten die Bezeichnungen ratio legis Falcidiae bei Papinianus lib. 29. Quaest. (l. 11. §. 7. D. ad l. Falc. 35, 2.) und lib. 9. Respons. (l. 14. §. 3. eod.), Voconiana ratio bei Paul. Sent. IV, 8, 22.; dagegen Beiſpiele der letzteren Art die Ausdrücke: ratio doli exceptionis bei Papinian. lib. 19. Quaest. (l. 67. §. 3. D. de leg. II.) und ratio compensationis bei Severus et Antoninus in l. 1. C. de crim. expil. hered. 9, 32.

Ja ſelbſt einzelnen thatſächlichen Beziehungen, welche den Schwerpunkt derjenigen Principien bilden, deren Verfolgung und Verwirklichung dem aequum et bonum, wie dem jus naturale anheimfällt [9]), wird, mit Rückſicht auf dieſe ihre Stellung zu den fraglichen Principien, eine eigene ratio beigelegt und damit in Wahrheit das betreffende Princip ſelbſt beſonders bezeichnet. In dieſem Sinne nennt daher Papinianus lib. 6. Respons. (l. 75. §. 2. D. de leg. II.) die voluntatis ratio, während Gajus lib. 16. ad Edict. prov. (l. 2. D. unde cogn. 38, 8.) der sanguinis ratio, Ulpianus lib. 2. ad leg. Ael. Sent. (l. 12. D. de manum. vind. 40, 2.) der ratio cognationis gedenkt, als deren Folgewirkung dann wiederum die pietatis ratio erſcheint, die von Ulpian. lib. 1. Opin. (l. 1. pr. D. de obsequ. parent. 37, 15.) und lib. 8. ad Edict. (l. 23. D. de his qui notant 3, 2.) erwähnt wird.

In allen jenen Verbindungen wohnt der ratio die in §. 2. feſtgeſtellte Bedeutung einer vernünftigen ordnenden Kraft inne, welche wir am Geeignetſten als Princip auffaſſen und bezeichnen. Und dies gilt insbeſondere auch von der ratio legis, denn auch hier iſt die ratio, wenn gleich in Wahrheit der Gedanke

9) Vergl. §. 61. und §. 66.

des Geſetzgebers ſelbſt, doch abgelöſt gedacht von ſeinem Urheber und aufgefaßt als Immanenz des Geſetzes, als Gedanke des Geſetzes ſelbſt d. i. als eine dem Letzteren inwohnende vernunftvolle ordnende Kraft, deren beſondere Wirkſamkeit durch die Eigenthümlichkeit des betreffenden Geſetzes ſelbſt beſtimmt wird. Daher iſt zwar die ratio legis in Wirklichkeit das, was wir den Grund des Geſetzes nennen, ja ſelbſt die lexikaliſche Bedeutung des Ausdruckes ſcheint auf eine vollkommene Identität der beiden Begriffen zu Grunde liegenden Vorſtellung hinzuweiſen; allein dennoch würde dieſe letztere Annahme eine völlig irrige ſein, da die Deutſchen das Verhältniß des legislatoriſchen Gedankens zum Geſetze als einen Cauſalnexus auffaſſen, während die Römer eine Inſpiration und Vergeiſtigung des Geſetzes ſtatuiren, der entſprechend das Geſetz gleich als Körper den geſetzgeberiſchen Gedanken in ſich ſelbſt aufnimmt und feſthält. So legen die Römer dem Geſetze ſelbſt auch eine sententia, mens, voluntas bei, während wir in vollſtändig entſprechender Weiſe dem Geſetze einen Geiſt zuertheilen.

§. 5.

Die letzte Frage endlich, die zur Beantwortung noch ſich bietet, betrifft den Punkt, ob und in wie weit die Römer dem jus, dem aequum et bonum und den einzelnen Rechtsſchöpfungen in Wirklichkeit oder nur in figürlichem Sinne eine ratio beigemeſſen haben, gleichwie auch wir ja vom Geiſte des Geſetzes nur in tropiſcher Weiſe ſprechen. Dieſe Frage kann indeß bei der Mangelhaftigkeit unſerer Kenntniß von dem Weſen der beſtimmenden Vorſtellungen der Römer eine Beantwortung finden nur bezüglich der Endpunkte jener Kette, deren Glieder durch die einzelnen Vehikel ſolcher ratio gebildet werden: während ihnen einerſeits der natura rerum in Wirklichkeit eine ratio inwohnte und als naturalis ratio ſich offenbarte, ſo konnte andrerſeits die ratio der compensatio und doli exceptio wohl kaum anders, als in figürlichem Sinne gedacht werden.

Beilage V.

Palingeneſie des Tit. J. de jure naturali, gentium et civili (1, 2.) und Reſtitution des lib. 1. Institutionum Marcian's.

Zu §. 54 ff.

---

§. 1.

Der zweite Titel des erſten Buches Juſtinian's: de jure naturali, gentium et civili iſt in nachſtehender Weiſe aus den Werken verſchiedener Juriſten compilirt.

pr. — — — — — — aus: Ulpian, lib. 1. Instit. (l. 1. § 3. D. de J. et J. 1, 1.).

§. 1. a: jus autem civile vel gentium ita dividitur — — — Emblema Triboniani.

b: omnes populi, qui etc. bis zu Ende — — — aus Gajus Instit. 1, 1. (l. 9. D. de J. et J. 1, 1.).

§. 2. — — — — — aus einem erſt näher zu beſtimmenden Werke.

§. 3. a: Constat autem etc. bis zu den Worten: οἱ δὲ ἄγραφοι — aus Ulpian. lib. 1. Inst. (l. 6. §. 1. D. de J. et J. 1, 1.).

b: Scriptum jus est lex etc. bis zu Ende — — — aus Gajus Inst. 1, 2. und wahrſcheinlich Ulpian. lib. 1. Inst. compilirt [1]).

---

1) Eine derartige Aufzählung der legislativen Beſtandtheile des jus scriptum, der lex, des jus civile, ſcheint bei den Juriſten der zweiten Periode ſtehend geweſen zu ſein; ſo vergl. außer Gaj. 1, 2. auch Papinian. lib. 2. Definit. (l. 7. D. de J. et J. 1, 1.), ſowie Isidor. Orig. V, 9, 2., der ebenfalls Urquellen excerpirte, worüber ſ. Beilage VI. Vergl. auch Cic. Top. 5. Dosith. de manum. §. 2. ed. Böck.

§. 4. und 5. — — — aus Gajus Inst. 1, 3. 4. und wahrſcheinlich Ulpianus lib. 1. Inst. compilirt [2]).

§. 6. — — — — — aus Ulpian. lib. 1. Instit. (l. 1. D. de const. princ. 1, 4.).

§. 7. und 8. — — — aus Gajus Inst. 1, 6. 7. und wahrſcheinlich Ulpian. Inst. l. compilirt.

§. 9. — — — — — höchſt wahrſcheinlich aus Ulpian. Inst. 1.

§. 10. — — — — — aus einem erſt näher zu beſtimmenden Werke.

§. 11. — — — — — aus einem erſt näher zu beſtimmenden Werke.

§. 12. — — — — — aus Gaj. Inst. 1, 8. (l. 1. D. de stat. hom. 1, 5.).

Sonach beſteht der fragliche Titel im Weſentlichen aus einem dreifachen Elemente: aus einem Stoffe, der aus den Inſtitutionen des Gajus, denen des Ulpian und aus einem noch ungewiſſen Werke entnommen iſt. Dieſes letztere Werk näher zu beſtimmen, iſt die Aufgabe des nächſten Paragraphen.

§. 2.

Von den Paragraphen des Tit. J. de J. N., deren Quelle wir unbeſtimmt gelaſſen haben, ziehen wir zunächſt §. 2. und §. 11. in Betracht, welche folgendermaaßen lauten:

(§. 2.) Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium. Nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et jus, quo populus Romanus utitur, jus civile Romanorum appellamus; vel jus Quiritium, quo

2) So haben wir die Worte: plebs autem a populo bis leges coeperunt, als Compilation aus Gajus 1, 3 und vielleicht auch aus Ulpian. Instit. I. anzuſehen. Die Spuren des Letzteren erblicken wir möglicher Weiſe bei Isidor Orig. IX, 4, 5., der nur die senatores in seniores civitatis verwandelte, und die Worte: Plebes autem eo distat a populo, in: populus autem eo distat a plebibus, umſtellte und verdarb. Allein auch Gajus und Ulpian excerpirten bei dieſer Stelle ältere Quellen, deren ſelbſtſtändige Benutzung wir wieder bei Festus, p. 330. M. s. v. scitum populi vorfinden.

Quirites utuntur: Romani enim a Quirino Quirites appellantur. Sed quoties non addimus, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti cum poëtam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Graecos egregius Homerus, apud nos Virgilius.

Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanae quaedam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutae et servitutes, quae sunt juri naturali contraria: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. Ex hoc jure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles.

(§. 11.) Sed naturalia quidem jura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent; ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.

Der Inhalt und die Beſchaffenheit dieſer Stellen beweiſt:

1. daß dieſelben einem dogmatiſchen Werke, und zwar einem Lehrbuche des geſammten Rechtsſyſtemes entlehnt worden ſind; und

2. daß dieſe Quelle weder die Inſtitutionen des Gajus, noch des Ulpianus wären; denn abgeſehen von zahlreichen inneren Gründen [3]), iſt der Umſtand ſchon entſcheidend, daß diejenigen Partheien der Inſtitutionen der genannten Beiden, welche vom jus civile, gentium und naturale handeln, in anderer Faſſung uns bereits bekannt ſind.

Zugleich ſind wir aber auch zu der Annahme berechtigt, daß beide Stellen aus Einem Werke entnommen ſind, weil

3) Dieſe Gründe ergeben ſich meiſt aus §. 53. 55. 82.; doch kommen noch anderweite Momente in Betracht, z. B. bezüglich Ulpian's, daß er bei Behandlung der einzelnen Verträge beſonders angiebt, ob ſie juris gentium ſeien (ſo l. 1. D. de prec. 43, 26. fr. Endl. II. IV.), daher eine Aufzählung derſelben bei der Darſtellung des jus gentium im Allgemeinen überflüſſige Wiederholung ſein würde.

1) das Verhältniß der übrigen Paragraphen gegenüber den Quellen darthut, wie Tribonian in dem obigen Titel die benutzten Werke in großer Ausdehnung excerpirte;
2) mit der in §. 2. erſichtlichen Erwähnung des jus naturale als eines von dem jus gentium geſchiedenen und neben ſolchem ſelbſtſtändigen jus naturale der §. 11. vollkommen harmonirt; endlich
3) ein innerer Parallelismus der Glieder obwaltet, wenn in §. 11. die jura naturalia als jura divina quadam providentia constituta, in §. 2. das jus gentium als jus quod gentes humanae sibi constituerunt, in §. 11. das jus civile als ea, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit bezeichnet wird.

§. 3.

Werfen wir nun einen Blick auf die dogmatiſchen Werke der römiſchen Juriſten, welche außer den Inſtitutionen des Gajus und Ulpianus bei Abfaſſung der Inſtitutionen Juſtinian's von Tribonian am Stärkſten excerpirt worden ſind, ſo bieten ſich die Inſtitutionen des Florentinus und des Marcian uns zunächſt dar, indem abgeſehen von denjenigen Stellen jenes Geſetzbuches Juſtinian's, welche mit den uns bekannten Excerpten aus jenen beiden Schriften eine nur allgemeine oder rein innere Aehnlichkeit haben, aus dem erſten Werke, wie wir als gewiß annehmen dürfen, 8 Stellen, aus dem letzteren Werke aber 15 Stellen in die Inſtitutionen Juſtinian's übergegangen ſind [4]). Dagegen allen übrigen Schriften ähnlich lautenden Inhaltes haben wir eine nur ſpärliche Benutzung für die Compilation der Inſtitutionen beizumeſſen.

Dieſe Sachlage berechtigt uns von Vorn herein zu der Schlußfolgerung, daß die zunächſt in Frage ſtehenden beiden Paragraphen des Tit. J. de J. N. entweder aus den Inſtitutionen des Florentinus oder Marcianus entnommen ſeien. Faſſen wir nun hierbei vor Allem die Frage in's Auge, für welchen von Beiden wir uns zu entſcheiden haben, ſo müſſen wir anerkennen, daß aus der Stellung des jus civile, gentium und na-

4) Vergl. Schrader, Index loc. cum Instit. cogn. in ſeiner großen Ausgabe der Inſtitutionen.

turale, wie wir ſolche bei Florentinus und Marcianus vorfinden, ein Argument weder zu Gunſten des Einen, noch des Andern ſich ergiebt. Viermehr erkennen wir, was namentlich die beſondere Stellung des jus naturale zum jus gentium betrifft, den Florentinus als einen Conſorten des Marcianus an [5]). Dennoch glauben wir in der Lage zu ſein, jene Frage zu entſcheiden, indem theils Gründe dagegen ſprechen, daß die beregten Paragraphen den Inſtitutionen des Florentinus angehört haben, theils beſondere Gründe dafür ſich bieten, daß jene Stellen von Marcian herrühren, Gründe, die uns bezüglich des Florentinus nicht zu Gebote ſtehen.

Zunächſt die Gründe der erſt bezeichneten Beſchaffenheit betreffend, ſo kommt in Betracht:

a) daß Florentinus in lib. 9. Inst. (l. 4. pr. §. 1. D. de statu 1, 5. §. 1. J. de jur. pers. 1, 3.) ſagt:

> Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere licet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.

Dieſe Stelle würde ſich gegenüber dem zweiten Theile von §. 2. J. quaest. als reine Wiederholung des bereits Geſagten verhalten;

b) ſagt Florentin. in lib. 1. Inst. (l. 3. D. de J. et J. 1, 1.):

> Quum inter nos cognationem quandam natura constituerit, consequens est, hominem insidiari nefas esse.

Hinſichtlich der Fundirung des jus naturale zerfallen aber die römiſchen Juriſten in zwei Claſſen, indem die Einen (Gajus, Paulus, Ulpianus und Conſorten) daſſelbe auf eine der natura rerum immanente, ordnende, vernunftvolle Kraft, die ratio naturalis oder natura ſchlechthin, zurückführen [6]), während die Anderen das jus naturale direct aus höherer Anordnung herleiten und als Geſetz Gottes ſelbſt anerkennen. Die letztere Anſicht vertritt Marcian, unter dem unmittelbaren Einfluſſe der ſtoiſchen Philoſophie ſtehend, in lib. 1. ſeiner Inst. (l. 2. D. de leg. 1, 3.) [7]). Da nun Florentinus in der obigen Stelle als Anhänger der

5) Vergl. §. 89. unter C.
6) Vergl. §. 53. und §. 57.
7) Vergl. §. 54.

Vertreter jener erſteren Fundirung des jus naturale ſich zu erkennen giebt (natura constituerit), §. 11. J. quaest. aber die jura naturalia als divina quadam providentia constituta bezeichnet und ſomit in der zweiten Modalität begründet, ſo ſcheinen auch aus dieſem Grunde die in Frage ſtehenden Paragraphen der Inſtitutionen Juſtinian's den Inſtitutionen Florentin's nicht überwieſen werden zu dürfen

§. 4.

Dahingegen ſprechen dafür, daß die beregten §. 2. u. 11. J. cit. den Inſtitutionen Marcian's entnommen ſind, folgende Gründe:

a) die Inſtitutionen Marcian's ſind ebenſowohl in den Inſtitutionen Juſtinian's, wie auch in deſſen Digeſten nicht allein weit häufiger, ſondern auch in viel ausgedehnterem Maaßſtabe excerpirt, als die Inſtitutionen Florentin's, indem, was die Zahl der Stellen betrifft, von den letzteren 43, von den erſteren 139 Excerpte in den Digeſten ſich vorfinden [8]);

b) den Inſtitutionen des Marcian haben wir eine ſogenannte elegante Behandlung beizulegen, indem Excerpte, oder wenigſtens Citate aus Demoſthenes, Chryſippus, Homer und Virgil von Marcian geboten wurden, die Trockenheit der Fachmaterie durch philoſophiſche und poetiſche Einſchaltungen zu würzen; vergl. l. 2. D. de legg. 1, 3. §. 1. J. de leg. Aquil. 4, 3. l. 65. §. 4. D. de legat. III., l. 1. §. 1. D. de mort. c. don. 39, 6. l. 6. §. 5. D. de D. R. 1, 8. Zu dieſer Eigenthümlichkeit der Behandlung, die in dieſem Maaße bei keinem anderen Juriſten hervortritt, paßt auf das Vollſtändigſte die Erwähnung von Homer und Virgil, von Solon und Dracon in §. 2. quaest.

c) die Bezeichnung der jura naturalia als divina quadam providentia constituta harmonirt auf das Genaueſte mit der von Marcian gegebenen Begründung der lex naturae, ſowie mit deſſen übrigen, in dieſe Lehre einſchlagenden Sätzen [9]).

8) Vergl. Hommel, Palingenesia, ſowie l. 15. D. de interd. et releg. 48, 22., die muthmaßlich ebenfalls aus den Inſtitutionen Marcian's entnommen iſt. Vergl. unten §. 6.

9) Vergl. §. 54.

d) Mit dem Ausſpruche: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt juri naturali contraria: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur, harmonirt vollkommen Marcian in einer andern Stelle von lib. 1. Instit. (l. 1. D. de natal. restit. 40, 11.):

— — si libertinus a principe natalibus suis restitutus fuerit. Illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascebatur, quum servus natus esset;

während dieſes Geboren Werden als servus ebenfalls in lib. 1. Inst. (l. 5. §. 1. D. stat. hom. 1, 5.) dem jus gentium überwieſen wird. Daß aber in letzterer Stelle eine doppelte Entſtehung der Sclaverei, theils jure civili, theils jure gentium angenommen wird, ſteht mit der in §. 2. J. cit. ausgeſprochenen Ueberweiſung des Inſtitutes an das jus gentium nicht im Widerſpruch, inſofern hier lediglich die Entſtehung des Inſtitutes der Sclaverei im Allgemeinen, dort die Entſtehungsgründe der Sclaverei für das Individuum in's Auge gefaßt werden.

Dieſe Momente erachten wir für beſtimmend, die in Frage ſtehenden beiden Paragraphen der Inſtitutionen Juſtinian's den Inſtitutionen Marcian's als deren Quellen zu überweiſen.

§. 5.

Hiernach wenden wir uns nun zu dem dritten jener Paragraphen der Inſtitutionen Juſtinian's, deſſen Quelle wir unbeſtimmt gelaſſen haben. Derſelbe lautet:

(§. 10.) Et non ineleganter in duas species jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Atheniensium scilicet et Lacedaemoniorum, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observarent, memoriae mandarent, Athenienses vero ea, quae in legibus scripta comprehendissent, custodirent.

Rückſichtlich der Quelle dieſer Stelle ſteht feſt, daß dieſelbe:

1) nicht den Inſtitutionen des Gajus entnommen iſt, weil diejenige Parthie derſelben, in welcher jene Stelle ihren Platz hätte finden müſſen, uns vollſtändig bekannt iſt, überdem Gajus

nirgends, ſo viel wir wiſſen, die Eintheilung des jus in ein scriptum und non scriptum aufſtellt.

2) nicht den Inſtitutionen des Ulpianus entnommen iſt; denn dieſer ſagt in lib. 1. Inst.:

> Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud Graecos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum jus est lex etc. Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores etc. (l. 6. §. 1. D. de J. et J. 1, 1. §. 3 — §. 9. J. de J. N. 1, 2. vergl. mit oben §. 1.).

In dieſer Stelle macht aber Ulpian die Eintheilung des Rechtes in ein jus quod constat ex scripto und sine scripto zu der ſeinigen, während in §. 10. J. quaest. dieſe Eintheilung als eine fremde bezeichnet und als ſolche beſonders gebilligt und weiter gerechtfertigt wird (et non ineleganter — — distributum esse videtur).

3) Was die Inſtitutionen des Florentinus betrifft, ſo wüßte ich weder einen Grund dafür, noch dagegen anzugeben, daß die fragliche Stelle ihnen entnommen ſei; nur das ſpricht hiergegen, daß bei dem in §. 2. hervorgehobenen Verfahren Tribonian's, in größerem Maaße das benutzte Werk zu excerpiren, es unwahrſcheinlich erſcheint, daß jene Stelle vereinzelt den Inſtitutionen Florentin's entnommen ſei. Dagegen

4) die Inſtitutionen Marcian's betreffend, ſo ſpricht kein Grund dagegen, daß §. 10. J. quaest. denſelben entnommen ſei; wohl aber ſpricht dafür

a) das ſo eben hervorgehobene, von Tribonian bei Compilation des vorliegenden Titels der Inſtitutionen beobachtete Verfahren;

b) daß die Erwähnung der Einrichtungen Athens und Lacedämons der von uns in §. 4. unter b. hervorgehobenen eleganten Behandlungsweiſe des Stoffes von Seiten Marcian's vollkommen entſpricht;

c) daß die Erwähnung der Athenienſiſchen Inſtitutionen insbeſondere mit der von Marcian in §. 2. J. de J. N. 1, 2. ausgeſprochenen Berufung auf die leges Solonis vel Draconis, wie auf das jus civile Atheniensium in vollkommenem Einklange ſteht.

Nach Alle dem überweisen wir auch §. 10. J. quaest. den Institutionen des Marcian als ein Excerpt aus diesen.

§. 6.

Die Stellen aus den Institutionen Marcian's, welche wir in §. 2. 10. u. 11. des tit. J. de J. N. 1, 2. vorfinden, sind zweifelsohne dem ersten Buche der Institutionen des Ersteren einzuordnen. Indem wir daher zur Restitution dieses letztbezeichneten Buches, insoweit unsere Quellen hierfür genügen, uns wenden[10]), bemerken wir zunächst, daß den Institutionen des Marcian im Allgemeinen eine dem Systeme der Institutionen des Gajus entsprechende Anordnung des Stoffes zu Grunde liegt, indem das Recht nach dem dreifachen Gesichtspunkte des jus quod ad personas vel ad res vel ad actiones pertinet behandelt wird. Der erste Theil umfaßte lib. 1. u. 2., der zweite Theil lib. 3—13., der dritte Theil lib. 14—16. final.[11]).

Den ersten dieser drei Theile eröffnete in lib. 1., ähnlich wie in den Institutionen des Gajus, eine Einleitung, die allgemeinen Vorbegriffe von lex, jus und den einschlagenden Eintheilungen enthaltend. Diese Einleitung begann mit dem Begriffe von lex, und hierher gehört:

l. 2. D. de legg. 1, 3.

Der nach Chrysippus gegebene Begriff der lex führte sodann zum Gegensatze des jus civile und naturale, wobei dieser letztere Begriff ebenfalls nach dem Vorbilde des φύσει δίκαιον der Stoiker gegeben ward; hierher fällt

§. 11. J. de J. N. 1, 2.

Sodann folgte eine weitere Characteristrung des jus civile und die Darlegung seines Gegensatzes zum jus gentium, wohin zu ziehen ist:

10) Vergl. Heineccius, opp. posth. p. 592. und Leist, Gesch. d. röm. Rechtssyst. p. 57.

11) Heineccius l. c. überschreibt lib. 10.: de nuptiis, lib. 12. de juribus connubii et concubinatu, lib. 13. de manumissionibus, juribus patronatus, contractibus. Richtig ist, daß lib. 10. von der Ehe, lib. 12. vom Concubinat, lib. 13. vom Patronat handeln; allein alle diese Themata wurden lediglich bei Gelegenheit des Erbrechtes erörtert, wie namentlich die Stellung der Ehe zwischen lib. 9. u. 11. beweist. Endlich wegen l. 19. D. de exc. 44, 1. die Lehre von den Contracten nach lib. 13. zu verweisen, erscheint mir nicht genügend gerechtfertigt. Noch anders Leist, l. c.

§. 2. J. de J. N. 1, 2.

Hiernächſt ward der Gegenſatz von jus civile und jus honorarium in's Auge gefaßt:

l. 8. D. de J. et J. 1, 1.

worauf eine Erörterung der übrigen Bedeutungen des Ausdruckes jus die einleitende Parthie abſchloß:

l. 12. D. de J. et J. 1, 1.

Der im erſten Buche abgehandelte ſpecielle Theil begann ſodann mit der Eintheilung der Menſchen in servi und liberi, ſowie mit einer Erörterung der rechtlichen Verſchiedenheiten in der Stellung der Erſteren:

l. 5. pr. §. 1. D. de statu hom. 1, 5.
l. 17. pr. D. de poen. 48, 19.

Hierauf folgte die Eintheilung der liberi in libertini und ingenui, wobei zuerſt die Lehre von der manumissio behandelt wurde:

l. 2. D. de Offic. Procons. 1, 16.
l. 22. D. de bon. libert. 38, 2.
l. 23. D. de manum. testam. 40, 4.
l. 9. D. qui et a quib. manum. 40, 9.
l. 42. D. de contr. emt. 18, 1.

und die Lehre von der Ingenuität folgte:

l. 5. §. 2. 3. D. de stat. hom. 1, 5.
l. 2. D. de natal. restit. 40, 11.
l. 3. D. de jur. aur. anul. 40, 10.

Den Schluß des Buches bildete die zweite Untereintheilung der liberi in peregrini und cives nebſt der Lehre von der capitis deminutio magna:

l. 17. §. 1. D. de poen. 48, 19.
l. (restit.) 15. 16. D. de interd. et rel. 48, 22.

ſammt der Lehre von der relegatio und Interdictio:

l. (restit.) 8. 10. 11. D. de bon. damn. 48, 20.
l. (restit.) 10. 12. D. de interd. et rel. 48, 22[12]).

Das zweite Buch endlich umfaßte die Eintheilung der Menſchen

12) Doch könnten dieſe fünf Stellen auch nach lib. 13. zu l. 4. D. de poen. 48, 19. gehören, wenn nicht etwa in dieſer Stelle die Inſcription falſch iſt und dieſelbe vielmehr nach lib. 1. gehört, was aus dem Grunde wahrſcheinlich erſcheint, weil deren Stellung und innere Verbindung mit dem Inhalte von lib. 13. jedenfalls ferner liegt.

in sui und alieni juris, nebſt der Lehre von der dreifachen potestas, und der capitis deminutio minima, ſowie die Erörterung des Zuſtandes derjenigen, welche unter Tutel oder cura ſtehen.

Beilage VI.

Ueber die Quellen von Iſidor's Origines V, 4.

Zu §. 56,ff.

---

§. 1.

Das vierte Capitel von Buch V. der Origines des Isidorus von Sevilla lautet:

§. 1. Jus autem naturale est, aut civile, aut gentium. Jus naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur, ut viri et foeminae conjunctio, liberorum successio et educatio, communis omnium possessio et omnium una libertas, acquisitio eorum, quae coelo, terra marique capiuntur.

§. 2. Item depositae rei vel commendatae pecuniae restitutio, violentiae per vim repulsio. Nam hoc aut si quid huic simile est, nunquam injustum, sed naturale aequumque habetur.

In dieſer Stelle waltet eine mehrfache, höchſt bemerkenswerthe Uebereinſtimmung mit der entſprechenden Lehre vom jus naturale in Ulpian's lib. 1. Instit. (l. 1. §. 3. D. de J. et J. 1, 1. ſ. §. 56. und §. 92.) ob, welche namentlich darauf beruht, daß Iſidor neben dem jus civile und jus gentium (worüber ſ. Orig. V, 5. 6. 9.) ein jus naturale anerkennt, welches auf den instinctus naturae ſich ſtützt, während Ulpian das entſprechende jus naturale auf eine allen animalia gemeinſame natura zurückführt, gleichzeitig aber auch Ulpian gerade unter den vorjuſtinianeiſchen Juriſten der Einzige iſt, von dem wir eine derartige Characteriſirung des jus naturale kennen; ſowie daß anderntheils mit der bezüglich des Ulpian uns überlieferten Aufzählung der Rechtsinſtitute des jus naturale: maris et foeminae conjunctio, liberorum procreatio, educatio, die Aufzählung der gleichartigen Rechtsinſtitute

bei Isidor: viri et foeminae conjunctio, liberorum successio et educatio im Weſentlichen übereinſtimmt.

Dagegen waltet ein Widerſpruch zwiſchen Iſidor und Ulpian ob, inſofern der Erſtere das jus naturale für ein jus commune omnium nationum erklärt, während es nach Ulpian ein commune omnium animalium iſt; ſodann aber auch Iſidor Rechtsinſtitute den jus naturale beizählt, welche als dem jus naturale des Ulpian fremd anerkannt werden müſſen, nämlich das depositum und die commendata pecunia, d. i. das mutuum, indem Beide nach Ulpian dem jus gentium anheimfallen, wie dies bezüglich des depositum auch beſagt iſt in lib. 1. Inst. (fr. Endl. IV.). Endlich weder Widerſpruch noch Uebereinſtimmung findet zwiſchen Beiden ſtatt, inſofern Iſidor das jus naturale auf den instinctus naturae insbeſondere, dagegen Ulpian auf die natura im Allgemeinen ſtützt; nicht minder indem Iſidor in der communis omnium possessio, der una omnium libertas, der acquisitio eorum, quae coelo, terra marique capiuntur und der violentiae per vim repulsio Rechtsinſtitute nennt, welche in dem Excerpt aus lib. 1. Instit. in l. 1 §. 3. D. de J. et J. 1, 1. dem jus naturale des Ulpian nicht überwieſen ſind, wenn gleich ſolche auch dem jus naturale des Letzteren füglich untergeordnet werden können, ja, mit Ausnahme der acquisitio eorum, quae coelo, terra marique capiuntur in anderen Excerpten aus Ulpian's Werken mit höherer oder geringerer Uebereinſtimmung in der That auch überwieſen werden [1]).

§. 2.

Jene Uebereinſtimmung nun begründet die Annahme, daß Iſidor ſeine Lehre vom jus naturale den Inſtitutionen Ulpian's entlehnt habe, um ſo mehr als insbeſondere eine Vergleichung von Orig. V, 8.:

> Jus publicum est in sacris et [in] sacerdotibus et in magistratibus

mit dem Excerpte aus Ulpian's lib. 1. Inst. in l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.:

> Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit

1) Vergl. §. 58. Note 457—459.

beweiſt, daß Iſidor in der That die Inſtitutionen Ulpian's im Urtexte oder im Excerpte bei ſeinen Origines benutzte.

Dagegen der Widerſpruch zwiſchen Iſidor und Ulpian ſteht jener Annahme nicht im Wege, weil wir erſehen, daß Iſidor außer den Inſtitutionen Ulpian's auch die Werke anderer römiſcher Juriſten benutzte, und, da er hier wiederum das depositum und mutuum dem jus naturale überwieſen fand, ſo z. B. in dem erſten Buche der Inſtitutionen Marcian's, deſſen Excerpt wir in §. 2. J. de J. N. 1, 2. erkannten, aus dieſer[2]) oder vielleicht einer ähnlichen Stelle die obigen Rechtsinſtitute des jus naturale entnehmen mochte, während andrerſeits ebenfalls von anderen Juriſten und insbeſondere wiederum in jener Stelle aus Marcian das jus naturale als ein von dem jus gentium unterſchiedenes und dabei allen Nationen gemeinſames Recht dargeſtellt wird, hierin aber, ſobald Iſidor die Annahme eines zwiſchen Thier und Menſchen gemeinſamen Rechtes verwarf, der beſtimmende Grund gefunden werden darf, weßhalb Iſidor, die von Ulpian gegebene Grundlage des jus naturale beibehaltend, dennoch deſſen Gemeinſchaft auf die Menſchen beſchränkte.

Da nun in der Fundirung des jus naturale auf den Inſtinct, und in der Aufzählung von Rechtsinſtituten, welche in l. 1. §. 3. D. de J. et J. 1, 1. unter denen des jus naturale nicht mit angegeben ſind, Iſidor uns Notizen giebt, welche ebenſowohl mit den Lehrſätzen Ulpian's und deſſen Manier vollkommen harmoniren, bezüglich deren aber gleichwohl das Geſetzbuch Juſti-

2) Momente, welche dafür ſprechen, daß Iſidor in dieſer Lehre in der That Marcian's Inſtitutionen benutzte, ſind: 1) daß Iſidor, indem er die dreigliederige Eintheilung von jus naturale, jus gentium und jus civile annahm, das erſtere als ein allen Völkern gemeines Recht characteriſirte; 2) die beſondere Erwähnung des jus Quiritium und ſeiner Rechtsinſtitute in Orig. V, 9.; 3) daß dem jus gentium in Orig. V, 6. nur Inſtitute rein internationalen Rechtes überwieſen werden, was der Lehre des Marcian unter allen römiſchen Juriſten am Vollkommenſten entſpricht; endlich 4) die zuſammenſtellende Aufzählung der Inſtitute von jus naturale, gentium und civile [Romanorum] d. i. Quiritium in Orig. V, 4. 6. 9., was ebenfalls Nachahmung der Methode des Marcian zu ſein ſcheint. Hiernach nehmen wir an, daß Iſidor die in Orig. V, 5. 6. 9. gegebene Darſtellung überwiegend auf einer Nachahmung von Marcian, dagegen Orig. V, 4. auf einer Verbindung von Marcian's und Ulpian's Lehren beruht.

nian's nicht als die Quelle der Darſtellung des Iſidor anzuſehen iſt, ſo entſteht für uns die Frage, ob wir den Urtext von Ulpian's Inſtitutionen als die wahre Quelle dieſer Darſtellung des Iſidor anerkennen dürfen, und dies um ſo mehr, als dieſe letztere Thatſache einige Beiträge zu der etwas dunkeln Lehre des Ulpian liefert.

Wir haben in §. 56 ff. die Bejahung dieſer Frage vorausgeſetzt und werden im Nachſtehenden unſere Gründe dafür beibringen.

§. 3.

Die Frage, ob Iſidor ſeine Lehre vom jus naturale unmittelbar aus Ulpian's Inſtitutionen ſchöpfte, fällt zuſammen mit der weiteren Frage, ob Iſidor bei Abfaſſung ſeiner Origines Originalwerke der römiſchen Juriſten der zweiten Periode benutzte, und dieſe iſt hier lediglich im Allgemeinen, ohne ein Eingehen auf die einzelnen Stellen in den Origines zu beantworten.

Die Werke der römiſchen Juriſten der zweiten Periode mußten im Allgemeinen nothwendiger Weiſe über alle Länder römiſcher Herrſchaft ſich verbreiten, wo überhaupt römiſche Bürger innerhalb der Provinzen ſelbſt Recht erlitten, weil bei der Dürftigkeit der das Privatrecht betreffenden eigentlichen Geſetzgebung Rom's jene Werke eine ganz unentbehrliche Ergänzung, oder vielmehr einen Beſtandtheil namentlich des Privatrechtes zum Zwecke der Rechtspflege bildeten. Namentlich mußte aber die Verbreitung der Werke insbeſondere des Gajus, Paulus, Papinianus, Ulpianus und Modeſtinus über alle Theile der römiſchen Monarchie noch weſentlich befördert werden durch das Citirgeſetz vom J. 426. (l. 3. C. Th. de resp. prud. 1, 4.), welches den Werken jener unter gewiſſen Vorausſetzungen officiell geſetzliche Kraft beilegte. Dieſe Verhältniſſe wurden auch, was insbeſondere Spanien betrifft, in keiner Weiſe dadurch alterirt, daß die Weſtgothen vom Jahre 462 an einen Theil der nördlichen und weſtlichen römiſchen Provinzen an ſich riſſen, da auch unter ihrer Herrſchaft die Römer nach römiſchem Rechte Recht litten, und ſomit jenen gegenüber die bindende Kraft der Werke der Citirjuriſten in keiner Weiſe geſchwächt ward.

Sonach gelten für die Römer unter weſtgothiſcher Herrſchaft die in den Werken der römiſchen Juriſten und insbeſondere der

Citirjuriſten enthaltenen Ausſprüche ebenſo für Recht, wie anderweite römiſche Geſetze, als namentlich der Codex Theodosianus, und eine Anzahl von Novellen der Kaiſer Theodoſius, Valentinian, Marcian, Majoran, Severus. Dieſer Thatbeſtand bedingt daher die Kenntniß und allgemeine Verbreitung der betreffenden Werke der römiſchen Juriſten aus der zweiten Periode auch während der Herrſchaft der Gothen in Spanien. Insbeſondere wird dieſe Thatſache dadurch beſtätigt, daß in dem für die Römer unter gothiſcher Herrſchaft abgefaßten, im Jahre 506 publicirten Breviarium Alaricianum nicht allein die nurgenannten leges, ſondern auch Excerpte aus den Inſtitutionen des Gajus, den Responsa des Papinian, den Sententiae des Paulus, ebenſo wie aus dem Codex des Hermogenian und Gregorian übergingen.

Mit Publication des Breviars verloren nun zwar die genannten Urquellen römiſchen Rechtes ihre bindende Kraft, allein da jener Zeit durchaus nicht aller wiſſenſchaftliche Sinn gebrach, vielmehr namentlich die Geiſtlichkeit und die Mönche die Wiſſenſchaften in den Kreis ihrer Beſchäftigungen hereinzogen, ſo erſcheint es ganz undenkbar, daß die jedenfalls in mehrfältigen Exemplaren vorhandenen Handſchriften der Werke der bezeichneten römiſchen Juriſten plötzlich insgeſammt der Vernichtung Preis gegeben worden ſeien.

§. 4.

Ein Jahrhundert nach Publication des Breviars begegnen wir nun dem vielbeleſenen Iſidor, Biſchof von Sevilla, dem Verfaſſer jenes Werkes, welches allein wir gegenwärtig in's Auge faſſen, der libri XX. Etymologiarum. Wie derſelbe in dieſem Werke als Mann von der ausgedehnteſten Gelehrſamkeit ſich zeigt, dem faſt kein Zweig der römiſchen Litteratur unbekannt geblieben iſt, noch auch bei ſeinem Streben, eine Encyklopädie der Wiſſenſchaften und Künſte zu verfaſſen, unbekannt bleiben konnte, ſo fiel auch das Recht ſelbſtverſtändlich in den Kreis ſeiner Studien und nimmt im obigen Werke einen nicht unbeträchtlichen Raum in Anſpruch.

Fragen wir nun, woher Iſidor jene mannichfachen juriſtiſchen, und zwar hiſtoriſchen, wie dogmatiſchen Notizen entlehnte, ſo enthalten die Origines ſelbſt, bei der Kargheit der Citate,

hierüber nur ganz ungenügende Angaben. Denn weder Verrius Flaccus und Paulus, die XIV, 8, 33. und V, 24, 30. citirt ſind, noch Cicero und Varro, welche häufiger genannt werden, können als hinreichende Quelle jener zahlreichen juriſtiſchen Artikel angeſehen werden. Dagegen kannte Iſidor nothwendig das Breviar, während ſeine Kenntniß der Geſetzbücher Juſtinian's als zweifelhaft gelten kann. In der Regel wird dieſe letztere Frage bejaht und ſo auch von Savigny, Geſchichte des römiſchen Rechtes im Mittelalter, 2. Aufl. Bd. II. p. 75. Derſelbe beruft ſich zur Unterſtützung dieſer Anſicht auf Orig. V, 4. verglichen mit l. 1. §. 3. D. de J. et J. und l. 1. §. 1. D. de acqu. rer. dom. oder pr. J. de j. nat. und §. 12. J. de div. rer.; ferner auf Orig. V, 8. verglichen mit l. 1. §. 2. D. de J. et J.; endlich auf Orig. V, 25. verb. „Intestata hereditas" verglichen mit l. 64. D. de V. S. Allerdings können nun zwar, wenn Isidor. in Orig. V, 8. ein Excerpt aus Ulpian. lib. 1. Inst. bietet, welches zugleich in Juſtinian's Digeſten ſich vorfindet, ebenſowohl dieſe, wie jene die Quelle Iſidor's geweſen ſein, und Gleiches gilt von Orig. V, 4. 1.; allein wenn Iſidor in der letzteren Stelle ein Mehreres bietet, als l. 1. §. 3. D. de J. et J. 1, 1. enthält, ſo iſt um ſo weniger wahrſcheinlich, daß Iſidor von dieſem Plus die ſieben Worte: acquisitio eorum, quae coelo, terra marique capiuntur in der Manier Tribonian's aus Gajus lib. 2. Aureor. (l. 1. §. 1. D. de acqu. dom. 41, 1.) entlehnt habe, als Iſidor in der Lehre vom jus naturale, gentium und civile erweislich dem Gajus in keinem Punkte beitrat und folgte. Vielmehr erſcheint es weit wahrſcheinlicher, daß jener Zuſatz, wie der geſammte übrige Text in Orig. V, 4, 1., den die Digeſten nicht haben, unmittelbar aus Ulpian entlehnt iſt, um ſo mehr als das coelo, terra marique capi vollkommen mit der Anſchauungsweiſe Ulpian's ſelbſt harmonirt, welche in den aus lib. 1. Inst. in l. 1. §. 3. D. de J. et J. 1, 1. übergangenen Worten: quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque etc. zu Tage tritt. Endlich von einer Vergleichung von Orig. V, 25, 7. und Paul. lib. 67. ad Edict. (l. 64. D. de V. S. 50, 16.) ſehen wir ab, da das Kindſchaftsverhältniß zwiſchen Beiden und allzu problematiſch erſcheint.

Hiernach müſſen wir dieſen Argumenten Savigny's die be-

weiſende Kraft dafür abſprechen, daß Iſidor bei ſeinen Origines die Geſetzbücher Juſtinian's wirklich benutzt habe.

Allein andrerſeits bietet ſogar ein Argument gegen Iſidor's Kenntniß der juſtinianeiſchen Legislation der von Savigny ſelbſt hervorgehobene Umſtand, daß Iſidor in ſeinen Orig. V, 1. de auctoribus legum unter den daſelbſt aufgeführten Geſetzgebern den Juſtinian nicht mit nennt. Die Einſicht in die Haltung gerade dieſes Capitels muß aber ſofort überzeugen, daß nur auf völliger Unkenntniß Iſidor's von Juſtinian's Codification dieſe Uebergehung des Letzteren in jenem Capitel beruhen kann. Denn da die Aufgabe, welche Iſidor hierin ſich ſtellt, ganz offenbar die iſt, alle Verfaſſer von umfaſſenderen röm. Geſetzbüchern namhaft zu machen, ſo mußte Juſtinian nothwendig die Reihe des Numa, der namentlich aufgeführten decemviri legibus scribundis, des Pompejus, Cäſar, Conſtantinus und Theodoſius ſchließen, ſobald Iſidor überhaupt nur Kenntniß von Juſtinian's umfaſſender und alles Frühere übertreffender Compilation hatte.

Nach Alle dem haben wir daher ſelbſt die Wiſſenſchaft von Juſtinian's legislativer Thätigkeit [3]), ſomit in noch höherem Maaße die Kenntniß dieſer Geſetzbücher ſelbſt dem Iſidor beſtimmt abzuſprechen.

§. 3.

Das Reſultat von §. 5. wird noch beſtätigt durch die Wahrnehmung, daß wir in den Origines des Iſidor juriſtiſche Notizen vorfinden, für welche weder das Breviar, noch die Geſetzbücher Juſtinian's als die ausreichenden Quellen gelten können, ſo namentlich, um lediglich bei dem Bekannten ſtehen zu bleiben, in der Lehre vom jus naturale, gentium und civile ſelbſt in Orig. V, 4. 6. 9.

Der einzige Ausweg aber, der unter allen dieſen Umſtänden die genügende Antwort für die ſich aufdrängenden Fragen bietet, wird gegeben durch die Annahme, daß Iſidor unmittelbar aus den ihm noch zu Gebote ſtehenden Rechtsquellen der zweiten Periode ſchöpfte. Kannte aber Iſidor, wie dies nach §. 3. wahrſcheinlich iſt, in der That ſolche Quellen, und benutzte er dieſelben, wie wir dies in §. 4. und im Obigen wahrſcheinlich

3) Juſtinian ſelbſt wird von Isidor in Orig. V, 39, 40. und de Vir. Illustr. c. 31. genannt, allein ohne Andeutung ſeiner legislativen Thätigkeit.

zu machen verſuchten, auch bei ſeinen Origines, ſo konnten ihm auch weder Ulpian's Werke verborgen bleiben, da dieſer einer der Koryphäen der Rechtswiſſenſchaft und insbeſondere ein Citirjuriſt iſt, noch kann es bei einer Vergleichung von Orig. V, 8 und Ulpian's Inst. I. (l. 1. §. 2. D. de J. et J. 1, 1.) irgend welchem Zweifel unterliegen, daß er namentlich auch die Inſtitutionen des Letzteren kannte und excerpirte.

Unter allen dieſen Vorausſetzungen muß es aber nach dem in §. 1. Bemerkten als im höchſten Grade wahrſcheinlich ſich darſtellen, daß Iſidor auch ſeine Lehre vom jus naturale den Inſtitutionen Ulpian's entlehnte.

Beilage VII.

Ueber bona fides, bonae fidei judicium, bonus vir, bonus judex, boni viri und judicis arbitrium, recte, dolus malus, doli mali exceptio und ähnlich, und deren Beziehung zur aequitas.

Zu §. 64. 68 ff. 70 ff.

---

§. 1.

Die in der Ueberſchrift angegebenen Ausdrücke ſowie einige andere damit verwandte Bezeichnungen ſtehen insgeſammt in einer inneren Beziehung zur aequitas: die bona fides bezeichnet das der aequitas entſprechende, dagegen der dolus malus das der Letzteren widerſtreitende Verhalten des Individuum in Geſinnungs- und Handlungsweiſe; bonus vir iſt derjenige, welcher der aequitas, oder der bona fides gemäß handelt, während boni viri arbitrium die der aequitas entſprechende Entſcheidung, recte aber wiederum die Uebereinſtimmung des Handelns mit ſolchem arbitrium, alſo in letzter Inſtanz mit der aequitas bezeichnet. Ferner bonae fidei judicia ſind diejenigen Rechtsverhältniſſe, in denen die aequitas oder bona fides maaßgebende Norm der rechtlichen Beurtheilung iſt, während die doli mali exceptio das Rechtsmittel iſt, durch welches die aequitas in defenſiver Weiſe ſelbſtſtändig zur rechtlichen Geltung gebracht wird. Endlich iſt

bonus judex der Richter, insofern es demselben gestattet ist, nach Maaßgabe der aequitas zu entscheiden, und das derselben entsprechende Urtheil selbst heißt arbitrium judicis.

Diese Beziehungen zur aequitas darzulegen, ist die Aufgabe der nachfolgenden Untersuchung.

A.

Bona fides, bonae fidei contractus, judicium.

§. 2.

Indem die beiden Begriffe bonum und fides zur bona fides im Griechischen καλὴ πίστις[1]) verbunden werden, entsteht hiermit nach der Anschauung der Kaiserzeit[2]) der neue Begriff von Rechtspflichtmäßigkeit des Verhaltens. Demgemäß bezeichnet also die bona fides die Uebereinstimmung der Willensrichtung des Subjectes einer Handlung oder eines Verhältnisses mit den Rechtspflichtgeboten.

Die sachliche Bedeutung dieses Begriffes gestaltet sich jedoch wiederum verschieden, je nachdem die Uebereinstimmung des Verhaltens mit dem Gesetz nach subjectiver oder nach objectiver Voraussetzung aufgefaßt und beurtheilt wird. Ersteren Falles ist die Uebereinstimmung mit den Pflichtgeboten wesentlich von dem Meinen des Handelnden, von den ihm inwohnenden Annahmen des Denkens abhängig, und die bona fides vertritt dann diejenige Willensrichtung, welche nach den durch das Wissen und Bewußtsein des Subjectes gegebenen Voraussetzungen mit den Rechtsvorschriften harmonirt. Wird dagegen die bona fides in objectiver Beziehung aufgefaßt, so stützt sich dieser Begriff der Pflichtmäßigkeit darauf, daß schlechthin und abgesehen von dem Bewußtsein des Subjectes die Uebereinstimmung seines Willens mit den Pflichtgeboten obwaltet, und dann bezeichnet die bona fides die Willensrichtung, welche mit den betreffenden Vorschriften thatsächlich harmonirt. In der letzteren Be-

1) So bei Modestinus lib. 2. Excus. (lib. 6. §. 18. D. de excus. 27. 1.) Nov. 119 c. 7. Harmenopul. §. 7. 8. 10. 12. 15—17. de action. 1, 3. §. 20. de serv. 1, 14. u. ö. Vergl. auch Gloss. Labb.: bona fide, καλῇ πίστει.

2) Die Auffassung der bona fides im Zeitalter Cicero's lassen wir gegenwärtig außer Betracht; wir werden darauf später zurückkommen.

ziehung beruht die bona fides lediglich in dem Wollen und ſie erſcheint daher als reine Sache des Willens, nämlich als geſetzmäßiger Wille; in der erſteren Beziehung dagegen beruht ſie ebenſowohl in dem Wollen, wie in dem Wiſſen, daher ſie gleichzeitig als Sache des Willens, wie des Bewußtſeins erſcheint und ebenſowohl als guter Glaube, wie als redliche Abſicht ſich auffaſſen läßt.

§. 3.

Die bona fides in rein ſubjectiver Beziehung bezeichnet nach §. 2. die ſubjective Rechtmäßigkeit einer Handlung oder eines Verhältniſſes, den Umſtand nämlich, daß nach der dem Subjecte inwohnenden Kenntniß der Verhältniſſe ſein Verhalten geſetzlich ſei [3]), und findet dann ihren Gegenſatz in der mala fides oder κακὴ πίστις [4]), ſeltener in dem dolus malus [5]). Eine juriſtiſche Relevanz gewinnt dieſe bona fides mit Ausnahme der in §. 4. zu erörternden Beziehung, lediglich dann, wenn nach objectivem Geſichtspunkte die in Frage geſtellten Handlungen oder Verhältniſſe als rechtswidrig ſich darſtellen, z. B. beim Kauf einer geſtohlenen Sache im Glauben, ſie ſei des Verkäufers Eigenthum, beim Beſitz der fremden Sache als der eigenen, beim Leben des Sclaven in der Freiheit, in der Meinung, Freier zu ſein u. dergl., und dann enthält dieſelbe zugleich den negativen Moment als Nichtwiſſen des der Legalität der Handlung oder des Verhältniſſes entgegenſtehenden Umſtandes. Jene juriſtiſche Relevanz aber offenbart ſich diesfalls theils in poſitiver Weiſe, inſofern an die Exiſtenz der bona fides gewiſſe

3) Vergl. z. B. Julianus lib. 7. Digest. bei Ulp. lib. 16. ad Edict. (l. 7. §. 17. D. de Public. in rem. 6, 2.): traditionem rei emtae oportere bona fide fieri, ideoque si sciens alienam possessionem apprehendit, Publiciana eum experiri non posse.

4) Wegen κακὴ πίστις vergl. die Note 1. citirten Belege aus Nov. und Harmenop.; Theophil. tit. de usucap. 2, 6. ſagt durchgängig bona und mala fides.

5) Dolus malus in dieſem Sinne ſ. bei Ulpian. lib. 55. ad Edict. (l. 12. §. 1. D. de lib. caus. 40, 12.), Paul. lib. 62. ad Edict. (l. 9. D. quae in fraud. cred. 42, 8.), insbeſ. bei Ulpian. lib. 16. ad Edict. (l. 7. §. 11—14. de Public. in rem. 6, 2.)

rechtliche Wirkungen geknüpft werden, wie z. B. an die bonae fidei possessio, theils in negativer Weiſe, indem derartige Nachtheile mit dem entgegenſtehenden Bewußtſein verbunden ſind, z. B. mit der malae fidei possessio [6]). Allein wenn auch im Weſentlichen die juriſtiſche Relevanz dieſer bona fides, ſo iſt doch ſelbſtverſtändlich keineswegs deren Begriff an ſich davon abhängig, daß der objective Sachverhalt den ſubjectiven Vorausſetzungen widerſtreitet, vielmehr iſt der Beſitz des Eigenthumes eben ſo gut bona fidei possessio, wie der Beſitz desjenigen, der eine geſtohlene Sache als die ſeinige beſitzt.

§. 4.

Eine beſondere Bedeutung erlangt endlich noch dieſe ſubjective bona fides gegenüber der, ſei als durch das Geſetz des Staates vorgeſchriebenen, ſei es freiwillig übernommenen Verpflichtung zu wahrheitsgemäßer Ausſage. Denn bei derartigen aſſertoriſchen Verſicherungen vertritt ſie die Pflichtmäßigkeit der Ausſage, nämlich deren Uebereinſtimmung mit der Wahrheit und bezeichnet ſomit den Umſtand, daß eine gemachte Angabe der Kenntniß der Verhältniſſe, alſo der ſubjectiven Wahrheit entſprechend ſei, während es andrerſeits als ganz irrelevant anerkannt werden muß, ob die gemachte Ausſage dem wirklichen Sachverhältniſſe entſpricht oder nicht. Wird nun dieſer Umſtand in der betreffenden Ausſage ausdrücklich mit hervorgehoben und bekräftigt, ſo gewinnt auch die hiermit gegebene Berufung auf die bona fides eine ähnliche Bedeutung, wie die moderne Credulitätsclauſel im Eide, während gleichzeitig auch das „bona fide“ gleichbedeutend erſcheint mit „ex animi mei sententia“ [7]), wobei in letzterer Beziehung nur der Unterſchied obwaltet, daß die letztere Formel die feierlichere und geſetzlich ſancirte war, während das „bona fide“ einen überwiegend vulgären Character an ſich getragen zu haben ſcheint. Belege für dieſen Ge-

---

6) Vergl. Puchta, Pandecten §. 57. unter 2. u. 3.

7) Wegen ex animi mei sententia vergl. Brisson, de form. VIII. c. 9. und dazu Liv. XXII, 53. Becker, Handb. der röm. Alterth. II, 2. p. 202. nimmt als übliche Formel an: ex animi sententia; allein nach Liv. l. c., wie Quint. J. O. VIII, 5, 1. lautete dieſelbe: ex animi mei sententia.

brauch der bona fides bietet Plaut. Pers. IV, 3, 16., Capt. IV, 2, 110., Pseud. IV, 6, 33., sowie Aul. IV, 10, 42. sq.:

Ev. Dic bona fide: tu id aurum non subripuisti? Ly. Bona!
Ev. Neque scis, quis abstulerit? Ly. Istuc quoque bona!

worauf sodann in V. 46. die eigentliche Schwurclausel folgt: (si sciens fallo) tum me faciat quod volt magnus Jupiter, gleichwie auch bei Liv. XXII, 53. die ex animi sententia gegebene Aussage noch durch die Eidesformel bekräftigt wird.

Mit Recht sagt daher Augustinus c. Acad. II, 5.: Bona fides est: ex animi sententia.

§. 5.

In der anderweiten zweiten Bedeutung sodann vertritt die bona fides die objective Uebereinstimmung einer Handlung mit dem Rechtsgesetze, somit die effective und reale Harmonie des bei einer Handlung maaßgebenden Willens des Handelnden mit der Vorschrift des Gesetzes. Indem nun hierin die bona fides das doppelte Moment der Erfüllung der gebotenen Verpflichtung, wie der Unterlassung des Verbotenen umfaßt, steht sie im Gegensatze zum dolus malus, der auch in dieser Beziehung, obwohl nur selten, als mala fides [8]) bezeichnet wird, während neben ihr die diligentia als selbstständiges Stück sich vorfindet [9]).

Als das Rechtsgesetz, womit in Uebereinstimmung der Wille zur bona fides wird, fassen die Römer theils das jus auf, theils die aequitas, theils beide Normen indistinct. In der ersteren Beziehung wohnt jedoch der bona fides nur eine untergeordnete juristische Bedeutung inne, theils weil gegenüber dem jus die Richtung der bona fides fest und bestimmt normirt und somit nicht noch besonders zu expliciren ist, theils weil die Folgen dieser bona fides im Rechte überhaupt nicht selbstständig hervortreten, vielmehr nur ihr Gegensatz, der dolus malus, diese selbstständige Bedeutung erlangt. Hierin liegt der Grund, weßhalb diese bona fides in ihrer Richtung auf das jus nur selten in den Quellen Erwähnung findet; ein Beispiel für diese Be-

8) So bei Alexander in l. 1. C. de rescind. vend. 4, 44. s. unten §. 10. und in l. 8. C. de pact. 2, 3. Doch auch bereits bei Cic. de N. D. III, 30, 75.

9) Vergl. unten §. 14. Note 25.

ziehung des Begriffes findet ſich jedoch bei Papinian. lib. 36. Quaest. (l. 38. §. 5. 7. D. ad l. Jul. de adult. 48, 5.):

> Post divortium, quod cum noverca bona fide privignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti. — — Incestum autem, quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur, excusari solet sexu vel aetate vel etiam, puniendi correctione, quae bona fide intervenit,

wo bona fides die der lex Julia de adulteriis entſprechende Willensrichtung bezeichnet. Vergl. auch Ulpian. lib. 1. Resp. (l. 45. §. 1. D. de solut. 46, 3.). Hermogen. lib. 6. jur. Epit. (l. 46. §. 6. de j. fisc. 49, 14.).

Dagegen tritt in den Quellen des römiſchen Rechtes die bona fides ſtark und durchgreifend in ihrer Beziehung zur aequitas hervor, wo ſie, entſprechend der ſubjectiven Bedeutung dieſes Ausdruckes (vergl. §. 68.) die Uebereinſtimmung der Willensrichtung mit jener bezeichnet.

Dieſe Beziehung der bona fides iſt es, die uns im Nachſtehenden ausſchließlich beſchäftigen und in §. 7 ff. näher darzulegen ſein wird, während eine engere Bedeutung, wo die bona fides ſpeciell den Gegenſatz zur fraus bezeichnet, in §. 10. hervorgehoben werden wird.

§. 6.

Der Ausdruck bona fides kommt ſtehend theils als die Clauſel ex bona fide vor, welche der Proceßformel einer beſtimmten Claſſe von Klagen eigenthümlich iſt, theils findet es ſich in einzelnen anderen Wortverbindungen, unter denen ſich vornämlich auszeichnen die Benennungen: bonae fidei interpretatio [10]), bonae fidei contractus [11]), bonae fidei negotia [12]), bonae fidei actiones oder judicia, ſowie καλῇ πίστει ἀγωγαί [13]), καλῇ πίσ-

---

10) Aristo bei Neratius lib. 3. Membran. (l. 57. D. de pact. 2, 14.).

11) Vergl. Schilling, Inſt. §. 251. Note n und dazu Symmach. Epist. III, 87.

12) Pomponius lib. 36. ad Q. Muc. (l. 57. D. de O. et A. 44, 7.): negotia, quae bonae fidei sunt; vergl. Boeth. ad Top. 17. p. 378. Or.: negotia, in quibus bonae fidei judicia nectuntur.

13) So bei Harmenop. §. 38. de act. 1, 3. Theophilus ſagt durchgehends bonae fidei actio, judicium u. dergl.

τει συναλλάγματα [14]), während im Gegenſatz dazu ſtehen die Ausdrücke: adstringenda obligatio [15]), stricta stipulatio [16]), stricti juris actiones oder judicia, stricta judicia [17]), στρίκται ἀγωγαί [18]), στρίκτα δικαστήρια [19]). In allen dieſen Verbindungen wohnt der bona fides jene Beziehung zur aequitas inne, woraus ſich ergiebt, theils daß der obige Gegenſatz die Billigkeitsklagen und die Klagen des Rechtes, oder die Klagen des billigen und nicht billigen Rechtes gegenüberſtellt, daher auch durch aequi et boni oder aequitatis judicia und juris judicia ſich umſchreiben läßt, theils daß, wie bereits in §. 68. bemerkt, jene Gegenüberſtellung zu den vielen anomalen Bildungen der Gegenſätze gehört, denen wir in der röm. Rechtstheorie begegnen, indem normaler Weiſe der Gegenſatz entweder durch bonae fidei und doli mali judicia oder durch benigni und stricti juris judicia zu geben war.

Hiernach nun ſind die bonae fidei judicia diejenigen Rechtsverhältniſſe, bei denen im Gegenſatz zu den stricti juris judicia die aequitas maaßgebende Norm für Regelung der gegenſeitigen Anſprüche der Betheiligten war, und indem nun hiermit übereinſtimmend der Richter durch die formula inſtruirt wurde, den Beklagten in dasjenige zu verurtheilen, was dieſer ex bona fide dem Kläger zu präſtiren hatte, ſo wird hiermit zugleich die aequitas zur Norm der richterlichen Entſcheidung ſelbſt erhoben [20]), vergl. §. 76. Die Modalität an ſich aber, in welcher bei den bonae fidei judicia die aequitas zur leitenden Norm des Urtheiles ſich erhebt, iſt bereits in §. 66. 75. init. und 76. dargelegt

14) So im Scholion zum Harmenopul. p. 791. Heimb.

15) Celsus lib. 38. Dig. (l. 99. pr. D. de V. O. 45, 1.).

16) Boeth. ad Top. p. 378. Or.

17) S. Savigny, Syſtem Beilage XIII. unter I. und dazu Theophilus §. 28. 30. de action. 4, 6.

18) Theophil. §. 3. de except. 4, 13.

19) Theophil. §. 30. de act. 4, 6.

20) Lediglich dieſen letzteren Moment faßt in's Auge Boeth. ad Cic. Top. p. 378 Or. Puchta, Inſtit. §. 165. verbindet das ex bona fide mit oportet, nicht mit dare facere, und ſucht dieſe Anſicht dadurch möglich zu machen, daß er künſtlich einen Sinn in jene Wortverbindung hineinträgt, der an ſich derſelben gar nicht inliegt.

worden: Der Richter wird durch die Formel zunächſt angewieſen, entſprechend der Individualität des ihm vorgelegten, concreten Verhältniſſes, alſo entſprechend dem fünften der in §. 66. dargelegten Principien der aequitas zu urtheilen; innerhalb der hiermit nachgelaſſenen Gränzen treten jedoch als beſtimmende Geſichtspunkte für das Urtheil zugleich die vier erſten Principien der aequitas hervor.

Nach Alle dem iſt nun die behauptete innere Beziehung von bona fides und bonae fidei judicium zur aequitas darzulegen.

§. 7.

Die angegebene innere Verbindung von bona fides und bonae fidei judicium mit der aequitas offenbart ſich in doppelter Weiſe, theils indem jene Beiden geradezu auf die aequitas im Allgemeinen zurückgeführt werden, theils indem die nämlichen fünf Principien, welche wir in §. 66. als die leitenden Tendenzen der aequitas anerkannten, auch als beſtimmende Geſichtspunkte für den Umfang der bona fides ſich darſtellen. In beiden Punkten nun werden wir die Quellen in's Auge faſſen, wobei wir zunächſt die letztere Beweisführung antreten.

Als das erſte jener fünf Principien, deren Vertretung wir der aequitas überwieſen, erkannten wir in §. 66. die Berückſichtigung der auf die Blutsverwandtſchaft und Ehe geſtützten Verbindungen.

Ein Zeugniß nun dafür, daß die Beobachtung der durch dieſes Princip gebotenen Pflichten einen Beſtandtheil der bona fides ausmache, ein ſolches Zeugniß ſteht mir zwar bezüglich der bona fides an ſich nicht zu Gebote; allein ebenſowohl ſpricht dafür Ulpianus lib. 71. ad Edict. (l. 3. §. 4. D. de hom. lib. exhib. 43, 29):

> Si eum quis retineat filium, quem non habet in potestate, plerumque sine dolo malo facere videbitur; pietas enim genuina efficit sine dolo malo retineri, nisi si evidens dolus malus intercedat;

wie auch bezüglich der bonae fidei judicia als Beleg dient Papinian lib. 27. Quaest. (l. 54. pr. D. mand. 17, 1.):

> Placuit enim prudentioribus, affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam;

womit übereinſtimmt, daß wie Juſtinian in l. un. §. 7. C. de rei un. act. 5, 13. bezeugt, nur bei der actio rei uxoriae, nicht aber bei der condictio dotis ex stipulatu das beneficium competentiae ſtatt hatte.

§. 8.

Das zweite Princip der aequitas umfaßt nach §. 66. die Aufrechterhaltung der im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben gebotenen Verpflichtungen. Dieſes Gebot der Erfüllung von Verbindlichkeiten beruht aber ſelbſt wieder auf einem dreifachen Grunde, nämlich darauf, daß entweder durch beſonderes Angelöbniß, oder durch die Natur des Rechtsgeſchäftes, oder endlich durch Gewohnheit und Sitte des Verkehres im täglichen Leben die in Frage geſtellte Verpflichtung begründet iſt, wobei dann, was den letzten Verpflichtungsgrund anbetrifft, die durch die aequitas anerkannte bindende Kraft der Sitte und Gewohnheit nicht etwa in einem wahrhaft gewohnheitsrechtlichen Character derſelben, als vielmehr darin zu erblicken iſt, daß das, was die Sitte des täglichen Lebens erfordert, von den Contrahenten gekannt und berückſichtigt, und ſomit dem Rechtsgeſchäfte ſtillſchweigend inſerirt iſt. Die Erfüllung ſolcher Verpflichtungen bildet ein nicht beſonders benanntes Stück der bona fides, die Nichterfüllung eine als dolus und culpa beſonders hervortretende Beziehung des dolus malus, während die Griechen in dieſer Beziehung die ſpeciellen Bezeichnungen: σύγνωμοσύνη und ἀγνωμοσύνη kennen [21]).

Als Belege für dieſe Beziehung von bona fides und bonae fidei judicium mögen folgende Stellen dienen:

Javolenus lib. 11. Epist. (l. 21. D. loc. 19, 2.):

Bona fides exigit, ut quod convenit fiat.

Papinianus lib. 2. Quaest. (l. 1. pr. D. de usur. 22, 1.):

Cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur, ita tamen, ut legem non offendat.

---

21) Vergl. Reiz, Glossar. Theophil. s. v. Ἀγνωμων und Theophil. §. 2. de perpet. et temp. 4, 12. S. auch Harmenop. §. 31. de loc. 3, 8. Vergl. endlich Gloss. Labb.: Equi bonique facio, σύγνωμονεῦν τινι.

Ulpianus lib. 1. ad Edict. Aedil. curul. (l. 31. §. 20. D. de aed. ed. 21, 1.).

Ea, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire.

Lib. 10. ad Edict. (l. 37. D. de usur. 22, 1.):

Dici, usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei judiciis constitutum.

Lib. 32. ad Edict. (l. 11. §. 1. D. de A. E. 19, 1.):

Et in primis sciendum est, in hoc judicio (sc. emti) id demum deduci, quod praestari convenit; quum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est.

Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestate.

Paulus lib. 33. ad Edict. (l. 3. D. de rescind. vend. 18, 5.):

Bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt.

Symmachus Epist. III, 87.:

Vox juris ac legum est, bonae fidei contractum non posse rescindi.

Vergl. ferner Proculus und Pegasus bei Paulus lib. 9. ad Edict. (l. 8. D. de neg. gest. 3, 5.); Neratius lib. 3. Membr. (l. 57. D. de pact. 2, 14.); Julianus lib. 21. Dig. bei Ulp. lib. 35. ad Edict. (l. 5. §. 7. D. de administr. 26, 7.); Africanus lib. 8. Quaest. (l. 50. pr. D. de j. dot. 23, 3.); Scaevola lib. 2. Resp. (l. 48. D. de A. E. 19, 1.); Ulpian. lib. 4. ad Edict. (l. 7. §. 5. 6. D. de pact. 2, 14.), lib. 71. ad Edict. (l. 2. §. 2. D. de prec. 43, 26.), lib. 41. ad Sabin. (l. 11. D. depos. 16, 3.); Paul. lib. 3. ad Edict. (l. 27. §. 2. D. de pact. 2, 14.), lib. 28. ad Edict. (l. 7. pr. D. de eo quod certo. 13, 4.), lib. 32. ad Edict. (l. 22. §. 4. D. mand. 17, 1.), Diocletianus et Maximianus in l. 22. C de locat. 4, 65. und in l. 8. C. de rescind. vend. 4, 44., Sueton., August. c. 42.

§. 9.

Das dritte der in §. 66. angegebenen Principien, die Zutheilung, wie Aberkennung von Vortheil und Nachtheil, und insbesondere von Gewinn und Verlust nach dem durch die Verhältnisse gegebenen Maaßstabe von Angemessenheit, wird in

nachſtehenden Stellen theils an ſich, theils in einzelnen Folgeſätzen der bona fides, wie den bonae fidei judicia untergelegt:

Labeo lib. 4. Poster. (l. 50. D. de A. E. 19, 1.):

> Bona fides non patitur, ut, cum emtor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei traderetur, venditor tradere compellatur.

Julianus lib. 3. Digest. (l. 6. §. 4. D. de neg. gest. 3, 5.):

> Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gessit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur.

Africanus lib. 8. Quaest. (l. 63. §. 3. D. de furt. 47, 2.):

> Quodsi sciens quis ignoranti furem (sc. servum) pignori dederit, omnimodo damnum praestare cogendus est; id enim bonae fidei convenire.

Gajus lib. 18. ad Edict. prov. (l. 57. D. de R. J.):

> Bona fides non patitur, ut his idem exigatur.

Instit. IV, 63.:

> In his (bonae fidei judiciis) quidem judici nullo modo est iniunctum compensationis rationem habere; sed quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, id officio ejus contineri videtur.

Papinianus lib. 28. Quaest. (l. 5. D. de usur. 22, 1.):

> Generaliter observari convenit, bonae fidei judicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideratur.

Ulpianus lib. 31. ad Edict. (l. 10. §. 3. D. mand. 17, 1.):

> Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet. Sed et si pecuniam meam foenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus, debere eum praestare, quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi, sive non, quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat.

lib. 32. ad Edict. (l. 11. §. 18. D. de A. E. 19, 1.):

> Neque enim bonae fidei contractum hanc pati conventionem, ut emtor rem amitteret et pretium venditor retineret.

Vergl. ferner Pomponius lib. 22. ad Sabin. (l. 12. §. 1. D. depos. 16, 3.); Papinianus lib. 11. Quaest. (l. 41. D. de jud. 5, 1.); Ulpian. lib. 28. ad Edict. (l. 3. §. 2. D. commod. 13, 6.), lib. 31. ad Edict. (l. 12. §. 11. D. mand. 17, 1.), lib. 3.

Disput. (l. 21. D. solut. matrim. 24, 3.); Paulus lib. 22. ad Edict. (l. 45. §. 1, D. locat. 19, 2.).

Endlich gehören hierher insbesondere noch die mehrfachen, der bona fides oder den bonae fidei judicia überwiesenen Bestimmungen wegen der Zinsen und Früchte, worüber vergl. namentlich Papinianus lib. 9. Quaest. (l. 24. D. depos. 16, 3.), Ulpianus lib. 15. ad. Edict. (l. 34. D. de usur. 22, 1.), Paulus lib. 6. ad Plaut. (l. 38. §. 15. D. eod.), lib. 5. Respons. (l. 54. pr. D. loc. 19, 2.), Marcianus lib. 4. Regul. (l. 32. D. eod.), Gordianus in l. 2. C. depos. 4, 34., Diocletianus et Maximianus in l. 18. C. de neg. gest. 2, 19.

§. 10.

Die vierte in §. 66. angegebene Tendenz der aequitas, das Princip der Prävalenz des Willens gegenüber der Willenserklärung wird in mehrfachen Folgesätzen der bona fides, wie den bonae fidei judiciis überwiesen, wobei wir diese Belege selbst in zwei Gruppen scheiden. Der ersten Classe fallen anheim: Africanus lib. 2. Quaest. (l. 46. D. de hered. inst. 28, 5.), namentlich in den Worten:

> Eam actionem patri inutilem fore, quia non sit ex bona fide, id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit,

und Boëthius ad Cic. Top. 17. p. 378 Or.:

> In his enim (i. e. bonae fidei negotiis), qui fuerit animus contrahentium, quaeri solet.

Ferner Ulpianus lib. 7. Disput. (l. 19. §. 4. D. mand. 17, 1.):

> De bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne?

wozu den Gegensatz bildet Celsus lib. 38. Dig. (l. 99. pr. D. de V. O. 45, 1.):

> Quicquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimatur, omissum intelligitur. Ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere. Nec rursum promissor ferendus est, si ejus intererit, de certis potius vasis forte, aut hominibus actum esse.

Endlich Paulus lib. 5. Quaest. (l. 7. §. 1. D. de rescind. vend. 18, 5.):

Vix bonae fidei convenire, eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si justo errore sit deceptus.

In der zweiten Claſſe von Stellen ſteht die bona fides im Gegenſatze ebenſowohl zur Benutzung des error des Mitcontrahenten, wie zu der vis und fraus oder dem dolus malus in dieſem engeren Sinne, und der letztere Gegenſatz iſt es, in welchem die bona fides die ſpecielle Bedeutung als die der fraus entgegengeſetzte Willensrichtung annimmt. Dieſe letztere Bedeutung entzieht ſich im Allgemeinen der Wahrnehmung, wird jedoch deutlich erkenntlich bei

Papinianus lib. 19. Quaest. (l. 54. D. ad S. C. Trebell. 36, 1.):

Titius rogatur, quod ex hereditate superfuisset, Maevio restituere. Quod medio tempore alienatum vel deminutum est ita quandoque peti non poterit, si non intervertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur; verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat. Divus autem Marcus, quum de fideicommissaria hereditate cognosceret, his verbis: „quidquid ex hereditate mea superfuerit, rogo restituas“ et boni viri arbitrium inesse credidit.

Denn in dieſer Stelle erſcheint boni viri arbitrium, welches das der aequitas entſprechende Urtheil bezeichnet (§. 23.), als der weitere Begriff, während bona fides die obige ſpecielle Bedeutung vertritt und den Gegenſatz zum intervertere bildet.

Im Uebrigen erhellt die hier fragliche Beziehung der bona fides zur aequitas aus nachſtehenden Stellen:

Africanus lib. 9. Quaest. (l. 22. D. de manum. test. 40, 4.):

Bona fide et citra fraudem.

Ulpianus lib. 11. ad Edict. (l. 11. §. 1. D. de dol. mal. 4, 3.):

In factum verbis temperandam de dolo actionem, ut bonae fidei mentionem fiat [22]).

Ibid. (l. 116. pr. D. de R. J. 50, 17.):

Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est.

22) d. h. bei der actio in factum de dolo malo iſt in der Formel der dolus malus zu umſchreiben durch eine negirende Bezugnahme auf die bona fides, damit auf dieſem Wege der Ausdruck dolus malus vermieden und euphemiſtiſch wiedergegeben werde.

Paulus lib. 32. ad Edict. (l. 3. §. 3. D. p. soc. 17, 2.):

Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.

Pomponius lib. 9. ad Sabin. (l. 6. §. 9. D. de A. E. 19, 1.):

— — dolum malum ejus, quem semper abesse oportet in judicio emti, quod bonae fidei sit.

Augustin. in Psalm. 102.

Initus est bonae fidei contractus: nemo fallit redemptorem tuum, nemo circumvenit, nemo premit.

Vergl. auch Celsus bei Ulpian. lib. 29. ad Edict. (l. 23. D. de R. J. 50, 17.), Africanus lib. 8. Quaest. (l. 35. pr. D. loc. 19, 2. u. l. 51. pr. D. de aedil. edict. 21. 1.), Gajus lib. 3. ad Edict. prov. (l. 34. l. 46. §. 4. D. de proc. 3, 3.), lib. 9. ad Edict. prov. (l. 27. §. 4. D. mand. 17, 1.), Papinianus lib. 25. Quaest. (l. 2. D. de separat. 42, 6.); Ulpianus lib. 30. ad Sabin. (l. 45. D. p. soc. 17, 2.), lib. 2. Disput. (l. 6. D. quod cum eo qui in aliena 14, 5.); Alexander in l. 1. C. de rescind. vend. 4, 44.; Diocletianus et Maximianus in l. 5. C. eod.

§. 11.

Die Verwirklichung des fünften der in §. 66. angegebenen Principien in den bonae fidei judicia, des Principes nämlich der Berückſichtigung der Individualität des concreten Verhältniſſes Seitens des Richters wie auch, ſelbſtverſtändlich, Seitens des Intereſſenten ſelbſt ergiebt ſich im Allgemeinen daraus, daß in den bonae fidei judicia nur condemnationes infinitae vorkommen. Daher ſagt Paulus lib. 9. ad Edict. (l. 7. D. de neg. gest. 3, 5.) ganz allgemein:

Tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis [23]) valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.

Wegen einzelner Punkte wird dies beſonders anerkannt, ſo bezüglich der Zinſen von

---

23) Wegen der einſchlagenden Bedeutung von officium und arbitrium judicis ſ. unten sub. D. Vergl. übrigens zu dieſem §. den §. 76.

Papinian. lib. 2. Quaest. (l. 1. pr. D. de usur. 22, 1.):

Cum judicio bonae fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus — — constituitur.

lib. 9. Quaest. (l. 24. D. depos. 16, 3.):

Est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio.

Paulus lib. V. Respons. (l. 54. pr. D. loc. 19, 2.):

Usurae enim in bonae fidei judiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicentur, tamen quum fidejussor in omnem causam se obligavit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum.

Auf gleichem Principe beruht auch das jusjurandum in litem bei den bonae fidei judicia, worüber vergl. Ulpianus lib. 36. ad Edict. (l. 4. §. 2. D. de in lit. jur. 12, 3.), Marcianus lib. 4. Regul. (l. 5. pr. D. eod.).

§. 12.

Zum Schluſſe dieſes Theiles unſerer Beweisführung theilen wir noch eine Stelle mit, in welcher mehrere der von uns angenommenen fünf Principien den bonae fidei judicia attribuirt werden. Es ſagt nämlich

Boethius ad Cic. Top. 17. p. 378 Or.:

In his enim (i. e. bonae fidei negotiis), qui fuerit animus contrahentium, quaeri solet; qui deprehendi vix poterit, nisi praecedentibus causis intelligatur. In his igitur judiciis, in quibus additur, ut ex bona fide judicent, id est ubi ita judices dantur, ut non strictas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quaerant, plurimus causarum usus est. Additur „ut inter bonos bene agier oportet;“ considerantur mores; inquiruntur consilia; statuitur, quibus quidque de causis administratum sit.

In dieſer Stelle, welche keinen Anſpruch auf die Klarheit und Präciſion einer wiſſenſchaftlichen Expoſition macht, noch machen kann, wird das vierte der obigen Principien durch die Poſitionen characteriſirt: qui fuerit animus contrahentium quaeri solet und non strictas inter litigantes stipulationes quaerant; das zweite jener Principien durch die Poſitionen: considerantur mo-

res, inquiruntur consilia; das dritte derſelben durch die Worte: statuitur, quibus quidque de causis administratum sit.

§. 13.

Der andere Theil unſerer Beweisführung (vergl. §. 7.) hat darzulegen, daß theils die bona fides geradezu mit der aequitas identificirt, reſp. für correlat erklärt, theils die Letztere als die maaßgebende Norm der bonae fidei judicia hingeſtellt worden iſt. Dies findet ſtatt bei

Gajus Inst. IV, 61.:

> In bonae fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat.

Ulpianus lib. 25. ad Edict. (l. 14. §. 6. D. de relig. 11, 7.):

> Aequum autum accipitur — — ex bona fide, ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est.

Paulus lib. 3. ad Plaut. (l. 14. §. 1. D. comm. divid. 10, 3.):

> Impendia autem, quae dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicarteur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo judicio mecum agatur, aequitate ipsius judicii retinere possim? considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonae fidei judicium est communi dividundo.

Ferner Gajus Inst. III, 137.:

> In his contractibus (qui consensu fiunt) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet,

in Vergleichung mit deſſen lib. III. Aureor. (l. 5. pr. D. de O. et A. 44, 7.):

> Actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet;

vornämlich aber Tryphoninus lib. 9. Disput. (l. 31. D. depos. 16, 3.):

> Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. — — Incurrit hic — — inspectio: bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus assumto, aestimare debeamus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet?

Exempli loco: latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Sejum, inscium de malitia deponentis; utrum latroni, an mihi restituere Sejus debeat? Si per se dantem accipientemque intueamur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is, qui dedit; si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis, quae negotio isto continguntur, impletur, mihi reddenda sunt, quae facto scelestissimo adempta sunt. Et probo hanc esse justitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae justiore repetitione.

B.

Dolus malus. Doli mali exceptio.

§. 14.

Gleich der bona fides trägt auch der dolus malus eine zwiefache Grundbedeutung in ſich, indem die Widerrechtlichkeit der Willensrichtung, welche er vertritt, wie die bona fides entweder in rein ſubjectiver oder in einer zugleich objectiven Beziehung aufgefaßt wird. Hier iſt dolus malus eine Willensrichtung, welche überhaupt widerrechtlich iſt; dort iſt dolus malus die Willensrichtung, welche nach den dem Subjecte inwohnenden Vorausſetzungen, nach ſeiner Kenntniß der Thatumſtände, widerrechtlich iſt. In dieſer letzteren Beziehung tritt der dolus malus überwiegend als Moment des Bewußtſeins hervor; er ſtellt ſich dar als Kenntniß der die Widerrechtlichkeit einer Handlung oder eines Verhältniſſes bedingenden Umſtände; dann iſt er gleichbedeutend mit der mala fides, welche ſelbſt regelmäßig dieſe pſychiſche Beziehung vertritt und ſomit den dolus malus in die Stellung einer ausnahmsweiſen Bezeichnung zurückdrängt [24]).

In der anderen Beziehung iſt der dolus malus lediglich Sache des Wollens und erſcheint als Wille, der durch ſeine Richtung, reſp. durch ſeinen Zweck mit dem Geſetze collidirt, daher hier der dolus malus die Abſicht bezeichnet, einen widerrechtlichen Thatbeſtand hervorzubringen. Neben ihm ſteht die culpa, als die Abſicht, deren Verwirklichung nach den Geſetzen des Möglichen einen widerrechtlichen Thatbeſtand hervorbringen kann; ihm gegenüber ſteht die bona fides in der in §. 5. her-

24) Vergl. §. 4. Note 6., woſelbſt die Belege.

vorgehobenen Bedeutung, während anderntheils der culpa wiederum die diligentia gegenüberſteht. Dolus malus und culpa, und dolus malus und bona fides verhalten ſich daher in der nämlichen Weiſe zu einander, wie einestheils die bona fides, anderntheils die culpa zur diligentia [25]).

§. 15.

Als das Rechtsgeſetz, deſſen Verletzung der dolus malus intendirt, faſſen die Römer in der nämlichen Weiſe, wie bezüglich der bona fides eine doppelte Norm in's Auge, das poſitive Geſetz, das jus oder jus civile, und das Naturrecht, die aequitas oder das jus naturale, daher der dolus malus die Richtung des Willens entweder gegen beide Normen indiſtinct, oder gegen eine von beiden Normen insbeſondere bezeichnet. Das Erſtere findet z. B. ſtatt, wenn Paulus lib. sing. ad S. C. Libon. (l. 22. pr. D. de l. Corn. de fals. 48, 10.) ſagt:

— — dolus malus in eam aetatem (i. e. impuberum) non cadat,

während, was das Letztere betrifft, die Richtung des Willens gegen das poſitive Geſetz allenthalben dann den Inhalt des dolus malus bildet, wenn der Geſetzgeber ſelbſt die abſichtliche Uebertretung ſeines Geſetzes durch dolus malus bezeichnet. Dies iſt z. B. der Fall, wenn die lex Julia de adulteriis ſancirte:

ne quis posthac stuprum adulteriumve facito sciens dolo malo [26]),

indem hier der dolus malus ſpeciell diejenige Richtung des Willens bezeichnet, welche zur Abſicht, den vom Geſetz verpönten Thatbeſtand hervorzubringen, ſich geſtaltet. Gleiches gilt, wenn der Prätor im edictum de albo corrupto denjenigen mit Strafe

25) Dieſes Verhältniß prägt ſich am Vollkommenſten aus bei Proculus lib. 6. Epist. (l. 68. pr. D. de contr. emt. 18, 1.): Existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare oportere, id est non solum, ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa. So werden diligentia und bona fides öfter nebeneinandergeſtellt z. B. von Pomponius lib. 5. ad Sabin. (l. 8. D. de manum. test. 40, 4.). Doch kommt auch bona fides im Gegenſatze zum dolus malus und zur culpa vor, ſo in l. 10. pr. jcta l. 8. §. 10. mand. 17, 1.

26) Vergl. Ulpian. lib. 1. de adulter. (l. 12. pr. D. ad l. Jul. de adult. 48, 8.).

bedrohte, qui id, quod jurisdictionis perpetuae causa, non quod prout res incidit in albo vel in charta vel in alia materia propositum erit, dolo malo corruperit [27]), oder wenn Javolenus lib. 6. Epist. (l. 199. D. de R. J. 50, 17.) ſagt:

Non potest dolo carere, qui imperio magistratus non paruit,

oder wenn es in der Formel der legis actio per manus injectionem [28]) heißt:

Quod tu mihi judicatus es, sestertium millia, quae dolo malo non solvisti, etc.

Denn in allen dieſen Fällen erſcheint als die Norm, welche mit dolus malus verletzt wird, das betreffende poſitive Geſetz.

Innerhalb dieſer Beziehung des dolus malus zum poſitiven Rechte tritt endlich diejenige beſtimmte Richtung deſſelben noch beſonders hervor, welche zur fraus ſich geſtaltet, indem nämlich dieſe fraus ebenfalls dolus malus κατ' ἐξοχήν benannt und hierdurch eine beſondere und ſpecielle Bedeutung dieſes Ausdruckes begründet wird. Allein auch hierbei kommt ſelbſtverſtändlich dieſer dolus malus nach dem gegenwärtigen Geſichtspunkte nur inſoweit in Betracht, als er durch das poſitive Recht ſelbſt reprimirt iſt.

§. 16.

Eine weit wichtigere und weiter greifende Beziehung hat endlich der dolus malus gegenüber der aequitas, wo er die derſelben widerſtrebende Abſicht, das ihr widerſtreitende Verhalten in Geſinnungs- und Handlungsweiſe bezeichnet. Dieſer Richtung des dolus malus, welche uns fortan ausſchließlich intereſſirt, und innerhalb deren der dolus malus ebenfalls in der ſpeciellen Bedeutung von fraus hervortritt, entſpricht als das denſelben durchgreifend abwehrende Rechtsmittel die exceptio doli mali, welche ſonach mit den bonae fidei judicia das gemein hat, daß Beide das aequum et bonum proceſſualiſch verwirklichen und durchführen, wobei freilich die exceptio doli rein defenſiv und negativ ſich verhält, während den bonae fidei judicia überwiegend eine aggreſſive und poſitive Stellung zukommt.

---

27) Ulpianus lib. 3. ad Edict. (l. 7. pr. vergl. §. 4. 5. D. de jurisdict. 2, 1.)

28) Gaj. IV, 21.

Dieſe innere Verbindung von aequitas und bona fides mit der exceptio doli und der Gegenſatz des dolus malus zu den erſten Beiden wird nun in einer dreifachen Modalität bezeugt, in der Weiſe nämlich, daß die exceptio doli in eine Beziehung ſowohl zur aequitas, als zur bona fides, wie endlich zu den leitenden fünf Principien Beider, der dolus malus aber in den entſprechenden Gegenſatz zu dieſen drei Begriffen geſtellt wird.

In der erſten dieſer drei Modalitäten findet jenes Verhältniß des dolus malus und der doli mali exceptio zur aequitas ſeinen Ausdruck bei:

Javolenus lib. 6. Epist. (l. 25. D. de donat. 39, 5.):

Si rem tibi dederim, ut Titio meo nomine donares et tu tuo nomine ei dederis, quantum ad juris subtilitatem, accipientis facta non est, et tu furti obligaris; sed benignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri.

Papinianus lib. 3. Quaest. (l. 12. D. de dol. exc. 44, 4.):

Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.

Paulus lib. 7. ad Edict. (l. 1. §. 1. D. de dol. exc. 44, 4.):

Ideo autem hanc exceptionem (doli mali) Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

Vergl. auch §. 30. J. de act. 4, 6.

§. 17.

Durch die Angabe des Verhältniſſes von dolus malus und exceptio doli mali zur bona fides wird die von uns behauptete Beziehung Beider zur aequitas dargeſtellt von

Proculus lib. 6. Epist. (l. 68. pr. D. de contr. emt. 18, 1.) ſ. §. 14. Note 25.

Celsus bei Ulpianus lib. 29. ad Edict. (l. 23. D. de R. J. 50, 17.):

Celsus putat, non valere, si convenerit (sc. in societate et rerum communione), ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei judicio contrarium esse.

Julianus lib. 33. Dig. (l. 84. §. 5. D. de leg. I.):

Hoc judicium bonae fidei est et continet in se doli mali exceptionem.

Pomponius lib. 9. ad Sabin. (l. 6. §. 9. D. de A. E. 19, 1.):
— — dolum malum ejus, quem semper abesse oportet in judicio emti, quod bonae fidei sit.

Ulpianus lib. 3. Disput. (l. 21. solut. matrim. 24, 3.):
Quum enim doli exceptio insit de dote actioni, ut in ceteris bonae fidei judiciis.

lib. 69. ad Edict. (l. 152. §. 3. D. de R J. 50, 17.):
In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur.

Paulus lib. 32. ad Edict. (l 3. §. 3. D. p. soc. 17, 2.):
Bona fides contraria est fraudi et dolo;

lib. 5. ad Plaut. (l. 57. §. 3. D. de contr. emt. 18, 1.):
Nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando, et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, venditionem stare non concedente.

§. 18.

Was endlich die Beziehung von dolus malus und doli mali exceptio zu den in §. 66. angegebenen fünf Principien der aequitas betrifft, so wird solche bezüglich des ersten Principes, der Berücksichtigung der auf Blutsverwandtschaft und Ehe gestützten Verbindungen ausgesprochen von

Neratius und Sabinus bei Paulus lib. 7. ad Sabin. (l. 17. §. 2. D. solut. matrim. 24, 3.):
Si in judicio dotis judex ignorantia juris lapsus condemnaverit maritum in solidum, Neratius et Sabinus, doli exceptione eum uti oportere, aiunt, eaque tutum fore.

wozu vergl. Paulus l. c. (l. 17. §. 1. D. eod.).

Scaevola lib. 3. Dig. (l. 58. D. de hered. pet. 5, 3.):
Filius a patre emancipatus, secundum conditionem testamenti matris adiit hereditatem, quam pater, antequam filium emanciparet, possedit, fructusque ex ea percepit, sed erogationem in honorem filii, quum esset senator, fecit ex ea. Quaesitum est, cum paratus sit pater restituere hereditatem, habita ratione eorum, quae in eum erogavit, an filius, nihilominus perseverans petere hereditatem, doli mali exceptione summoveri possit? Respondi: et si non exciperetur, satis per officium judicis consuli.

Vergl. auch Papinian. lib. 13. Quaest. (l. 11. §. 2 D. de B P sec. tab. 37, 11.), wo das auf Adoption beruhende Verwandtschaftsverhältniß durch doli mali exceptio geschützt wird.

§. 19.

Die Beziehung von dolus malus und d. m. exceptio zu Princip 2., der Aufrechterhaltung der im rechtlichen Verkehre durch Treu und Glauben gebotenen Verpflichtungen ist u. A. anerkannt von

Ulpianus lib. 43. ad Sabin. (l. 23. §. 3. D. de cond. indeb. 12, 6.):

Si post litem contestatam transactum est, nihilominus poterit exceptione doli uti post secuti; dolo enim facit, qui contra transactionem expertus, amplius petit.

lib. 76. ad Edict. (l. 2. §. 4. 6. D. de dol. exc. 44, 4.):

Si quis pure stipulatus sit certam quantitatem, quia hoc actum sit, sed post stipulationem interpositam pactus sit, ne interim pecunia usque ad certum diem petatur, an noceat exceptio doli? Et quidem de pato convento excipi posse, nequaquam ambigendum est; sed et si hac quis exceptione uti velit, nihilo minus poterit; dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest.

Non male dictum est, si creditor usuras in futurum acceperit, deinde pecuniam nihilominus petat, antequam id tempus praetereat, cujus temporis usuras accepit, an doli exceptione repellatur? Et potest dici, dolo eum facere; accipiendo enim usuras distulisse videtur petitionem in id tempus, quod est post diem usurarum praestitarum, et tacite convenisse, interim se non petiturum.

Vergl. auch Trebalius und Julianus bei Ulpianus lib. 4. ad Edict. (l. 10. §. 2. l. 14. D. de pact. 2, 14.), Julianus bei dems. lib. 76. ad Edict. (l 4. §. 11. D. de dol. exc. 44, 4.), Paulus lib. 3. ad Edict. (l. 21. §. 1. D. de pact. 2, 14.).

Diese exceptio doli mali heißt auch speciell exceptio pacti.

§. 20.

Mit dem dritten Principe, der Zutheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil, wie insbesondere von Gewinn und Verlust nach dem durch die Verhältnisse gegebenen Maaß-

ſtabe von Angemeſſenheit werden dolus malus und d. m. exceptio in Verbindung geſetzt von

Proculus bei Paulus lib. 30. ad Edict. (l. 17. §. 4. D. de inst. act. 14, 3.):

Videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram.

Ulpianus lib. 76. ad Edict. (l. 2. §. 3. l. 4. §. 4. §. 8. D. de dol. mal. exc. 44, 4.):

Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum quum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere; et si, quum interponeretur, justam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit, nocere exceptionem.

Si quis pupillo solverit sine tutoris auctoritate id, quod debuit, eaque ex solutione locupletior factus sit pupillus, rectissime dicetur, exceptionem petentibus nocere; nam et si mutuam acceperit pecuniam vel ex quo alio contractu locupletior factus sit, dandam esse exceptionem. Idemque et in ceteris erit dicendum, quibus non recte solvitur; nam si facti sint locupletiores exceptio locum habebit.

Si uniones tibi pignori dedero et convenerit, ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint et pecuniam petas? Et exstat Nervae et Atilicini sententia, dicentium ita esse excipiendum: „si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur.“ Sed est verius, exceptionem doli mali nocere debere.

Vergl. auch ebendaſ. Ofilius (l. 4. §. 6. D. de exc. dol. 44, 4.) und Labeo (l. 4. §. 7. D. cit.), ſowie Ulpian ſelbſt (l. 2. §. 7. l. 4. §. 3. 9. 12. l. 7. D. eod.), Gajus lib. 2 Aureor. (l. 7. §. 12. l. 9. pr. §. 1. 2. D. de acqu. dom. 41, 1.), Inst. II, 76—78. 84. Paulus lib. 21. ad Edict. (l. 23. §. 4. D. de R. V. 6, 1.), lib. 36. ad Edict. (l. 23. D. solut. matrim. 24, 3.), lib. 71. ad Edict. (l. 5. pr. §. 2. D. de dol. exc. 44, 4.), lib. 3. Respons.

(l. 14. D. eod.), lib. 3. ad Plaut. (l. 14. §. 1. D. comm. div. 10, 3.), Hermogenianus lib. 6. juris epitom. (l. 16. D. de dol. exc. 44, 4.) u. a. m.

§. 21.

Zu dem vierten Principe, der überwiegenden rechtlichen Relevanz des Willens gegenüber der Willenserklärung sind dolus malus und d. m. exceptio in die behauptete Beziehung gestellt zunächst von

Labeo bei Ulpianus lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 1. D. de dol. exc. 44, 4.):

Julianus scripsit: si quis, quum aeger esset, centum aureos uxoris suae consobrino spopondisset, volens scilicet eam pecuniam ad mulierem pervenire, deinde convaluerit, an exceptione uti possit, si conveniatur? Et refert Labeoni placuisse, doli mali exceptione uti eum posse.

Africanus lib. 5. Quaest. (l. 88. §. 1. D. ad l. Falc. 35, 2.): — — et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur. — — Ergo per exceptionem doli mali tota ea res temperanda erit.

Scaevola lib. 27. Dig. (l. 17. pr. D. eod.):

Pater pro filia dotem promiserat et pactus erat, ut ipse aleret filiam suam ejusque homines; idem homo rusticanus genero scripsit, quasi usuras praeteritas ex dotis promissione. Quaesitum est: quum ipse filiam suam exhibuerit et maritus nullam impensam fecerit, an ex chirographo, ex stipulatu agenti genero exceptio obstare debeat? Respondit: si, ut proponitur, pater quum exhiberet, per errorem promisisset, locum fore doli mali exceptioni.

Ulpianus lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 10. D. eod.):

Sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere; et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.

Vergl. Pomponius lib. 15. ad Sabin. (l. 4. D. solut. matrim. 24, 3.), Scaevola lib. 27. Dig. (l. 17. §. 1. 3. de dol. mal. exc. 44, 4.), Papinianus lib. 6. Respons. (l. 22. D. de adim. leg. 34, 4.), lib. 12. Respons. (fr. Vat. §. 294.), Florentinus lib. 8.

Instit. (l. 43. §. 2. D. de contr. emt. 18, 1.), Ulpianus lib. 24. ad Sabin. (l. 19. D. de R. J. 50, 17.).

Sodann

Ulpianus lib. 11. ad Edict. (l. 14. §. 14. D. quod met. c. 4, 2.):

Eum qui metum fecit et de dolo teneri, certum est; et ita Pomponius.

lib. 56. ad Edict. (l. 2. §. 8. vi bon. rapt. 47, 8.):

Doli mali mentio hic et vim in se habet; nam qui vim facit, dolo malo facit.

lib. 48. ad Sabin. (l. 36. D. de V. O. 45, 1.):

Si quis quum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest; quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio.

Vergl. Labeo und Celsus bei Ulpian. lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 5. und pr. D. de dol. exc. 44, 4.) u. a. m.

§. 22.

Endlich die Verbindung von dolus malus und doli mali exceptio mit dem fünften Principe, der Berücksichtigung der Individualität des concreten Verhältnisses erhellt aus:

Pomponius bei Ulpianus lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 2. D. de dol. exc. 44, 4.):

Si in arbitrum compromiserimus, deinde quum non stitissem ob adversam valetudinem, poena commissa esset, an uti possim doli exceptione? Et ait Pomponius: prodesse mihi doli exceptionem.

Ulpianus l. c. (l. 2. §. 5. D. eod.):

Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus[29]) doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit; nam etsi inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.

29) Vergl. hierzu §. 76.

C.

Bonus vir. Boni viri arbitrium. Recte.

§. 23.

Bona fides und diligentia erſchöpfen die Beziehungen des pflichtmäßigen Verhaltens; vergl. §. 5. Note 9. §. 14. Note 25. Als Attribut des Individuum hingeſtellt, bedingt die bona fides die Eigenſchaft eines bonus, die diligentia die Eigenſchaft eines diligens. Indem nun die Volksanſchauung der Römer die bona fides als Eigenſchaft des Mannes, wie insbeſondere des Hausvaters, die diligentia als vornämliche Eigenſchaft des Hausvaters auffaßt, ſo wird nun die Uebereinſtimmung mit jener durch die Ausdrücke bonus vir [30]), und bonus paterfamilias, die Uebereinſtimmung mit dieſer letzteren durch diligens paterfamilias bezeichnet.

Mit dem Begriffe bonus vir ſteht ſodann das boni viri arbitrium oder arbitratus [30a]) in der Verbindung, daß dieſes den der bona fides gemäß abgegebenen Ausſpruch über einen ſtreitigen oder unbeſtimmt gelaſſenen [31]) Punkt in einem Rechtsverhältniſſe bezeichnet.

Den Maaßſtab nun, nachdem der bonur vir und das boni viri arbitrium beurtheilt wird, bildet die aequitas und dieſe Beziehung der gegebenen Begriffe zu einander iſt im Nachſtehenden zu belegen. Hierbei genügt es, wenn wir die innere Verbindung beider Begriffe zur aequitas und bona fides im Allgemeinen darlegen, dagegen von dem ſpeciellen Nachweis der Be-

30) Ulpianus lib. 19. ad Edict. (l. 4. §. 1. D. fam. ercisc. 10, 2.) ſagt auch: bonus et innocens vir. In einem weiteren Sinne faßt Cicero den vir bonus, worüber vergl. §. 37. Note 269.; ebenſo Seneca (vergl. Epist. 41. 42. 66. 73. 76. de Benef. IV, 24. V, 2. VI, 20. de Ira I, 6. 12. de Provident. c. 1 sq. und Quintilian (vergl. J. O. XII. 1. u. 3, 8.). Vergl. auch die Citate bei Bähr, Geſch. der röm. Litteratur, 3. Aufl. §. 274. Note 15.

30a) Beiſpiele ſ. bei Brisson. de V. S. s. v. arbitratus, arbitrium, bonus vir, vir.

31) Vergl. unten §. 25. und Nov. LXXXIX, c. 12. §. 6.: βουλόμεθα, ἀποτρέφεσθαι δὲ τοὺς νόθους παρὰ τῶν γησίων θεσπίζομεν κατὰ τὸ πρέπον τε καὶ πρὸς τὸ τῆς οὐσίας μέτρον παρὰ ἀνδρὸς ἀγαθοῦ δοκιμαζόμενον, τοῦτο δὴ τὸ παρὰ τοῖς ἡμετέροις νόμοις boni viri arbitratu λεγόμενον (sancimus ut naturales liberi a legitimis uti decet et pro modo facultatum a bono viro aestimando alentur, id quod a nostris legibus „boni viri arbitratu" dicitur).

ziehung zu den einzelnen der aequitas überwieſenen fünf Principien abſehen. In Verbindung aber erhellt aus

Proculus lib. 5. Epist. (l. 78. D. p. soc. 17, 2.):

In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis, quod judicium pro socio bonae fidei est;

woran ſich ſchließt

Paulus lib. 4. Quaest. (l. 79. D. eod.):

Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei;

ferner Papianus lib. 12. Quaest. (l. 12. D. rem pup. salv. 46, 6.):

— — nam aequitas arbitri atque officium viri boni videtur eam formam juris desiderare.

Ulpianus lib. 3. Opin. (l. 2. §. 13. D. de administr. rer. 50, 8.):

Si in locatione fundorum pro sterilitate temporis boni viri arbitratu in solvenda pensione cujusque anni pacto comprehensum est, explorata lege conductionis fides bona sequenda est.

Paulus lib. 34. ad Edict. (l. 24. pr. D. loc. 19, 2.):

Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus approbetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset. Idemque servatur, si alterius cujus libet arbitrium comprehensum sit; nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit.

Dagegen iſt nicht auf die vorliegende Frage zu beziehen Horat. Epist. I, 16, 40.:

Vir bonus est quis?
Qui consulta patrum, qui leges juraque servat;
Quo multae magnaeque secantur judice caussae;
Quo responsore et quo caussae teste tenentur,

indem hier nicht die Norm in Betracht gezogen iſt, nach welcher der vir bonus beurtheilt wird, als vielmehr die Beziehungen und Verhältniſſe aufgefaßt ſind, in denen jene Eigenſchaft hervortritt.

§. 24.

Gleichbedeutend mit viri boni arbitrium iſt der Ausdruck recte [32]) in dem Sinne, in welchem derſelbe vornämlich in den

32) Auch recte fide, Scaevola lib. 28. Dig. (l. 122. §. 1. de V. O. 45, 1.); vergl. Savigny, Syſtem Beilage XIII, unter XVII Note a.

Stipulationen[33]), mitunter auch in legislatoriſchen Satzungen[34]) vorkommt. Dieſe Synonimität erhellt aus

Ulpianus lib. 80. ad Edict. (l. 73. D. de V. S. 50, 17.):

„Recte“ enim verbum pro viri boni arbitrio est.

lib. 17. ad Sabin. (l. 9. pr. D. de usufr. 7, 1.):

Si fundi usufructus sit legatus, quicquid in fundo nascitur, quicquid inde percipi potest, ipsius fructuarii est; sic tamen ut boni viri arbitratu fruatur. Nam et Celsus libro XVIII. Digestorum scrilit: cogi eum posse recte colere.

lib. 18. ad Sabin. (l. 13. §. 8. D. eod.):

Non recte nec ex boni viri arbitratu.

wozu vergl. §. 38. J. de R. D. 2, 1.:

Recte enim colere debet et quasi bonus paterfamilias.

Vergl. Ulpian. lib. 77. ad Edict. (l. 5. §. 3. D. judic. solv. 46, 7.); ferner lib. 49. ad Edict. (l. 63. D. de jud. 5, 1.) und lib. 59. ad Edict. (l. 5. §. 3. D. quib. ex caus. in poss. 42, 4.) verglichen mit Venulejus lib. 6. Stipul. (l. 17. D. judic. solv. 46, 7.) und lib. 7. Disput. (l. 18. D. eod.); endlich das Edict Si is pupillus in l. 5. §. 2. D. quib. ex caus. in poss. 42, 4. verglichen mit dem Edicte Qui fraudationis causa in l. 7. §. 1. D. eod.

Ueberdem ergiebt ſich die Gleichheit der Bedeutung von recte und ex viri boni arbitratu auch daraus, daß jenem Ausdrucke die Bedeutung einer doli mali clausula, dieſer ſelbſt aber wiederum die Kraft inlag, die Klage aus dem dadurch geſchützten Rechtsgeſchäfte den bonae fidei judicia gleichzuſtellen[35]).

D.

Arbiter. Bonus judex. Arbitrium. Arbitrium judicis. Officium judicis.

§. 25.

Die Beſtellung des arbiter beruht während des Zeitalters der Pandectenjuriſten[36]) auf doppeltem Rechtsgrunde, entweder

33) Vergl. Brisson. Antiquit. I, 9.

34) So im Edicte Si is pupillus (l. 5. §. 2. D. quib. ex caus. in poss. 42, 4.).

35) Vergl. Savigny, Syſtem Beilage XIII unter XVII. Keller, röm. Civilproc. p. 386.

36) In der ſpäteren Zeit geſtalten ſich die Verhältniſſe theilweis anders, worüber vergl. Schilling, Inſt. §. 340. Zuſatz.

auf Compromiß der Partheien oder auf Anordnung des Magiſtrates. Ebenſo iſt die Aufgabe des arbiter eine doppelte: entweder er hat einen rechtlichen Streitpunkt zur Entſcheidung zu bringen, oder einen nicht abſolut beſtimmten Thatumſtand in concreto zu fixiren [37]). Auf die erſtere Parthie der Thätigkeit des arbiter bezieht ſich z. B. wenn Liv. II, 33. den Menenius Agrippa den interpres arbiterque concordiae civium nennt, auf die letztere Parthie, wenn dem Cenſor in Bezug auf den census ein arbitrium beigelegt wird [38]).

Was den compromiſſariſchen arbiter betrifft, ſo wird deſſen doppelte Berufsthätigkeit ſehr beſtimmt unterſchieden von Proculus lib. 5. Epist. (l. 76. D. p. soc. 17, 2.):

> Arbitriorum enim genera sunt duo, unum ejusmodi, ut, sive aequum sit, sive iniquum, parere debemus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat, wozu in den Digeſten aus Paulus lib. IV. Quaest. beigefügt iſt: Veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.

Dagegen der vom Magiſtrate beſtellte arbiter wird in Bezug auf die zweite jener Berufsthätigkeit [39]) erwähnt z. B. von Julianus lib. 42. Digest. (l. 47. §. 2. D. de fideic. libert. 40, 5.):

> Si Sticho libertas per fideicommissum data fuerit sub conditione, si rationes reddidisset, et in absente herede paratus sit reliqua solvere, Praetoris officio continetur, ut virum bonum eligat, cujus arbitrio rationes computentur et pecu-

37) Vergl. §. 76.

38) So von Varro, L. L. V, 14.: Censor, ad quojus censionem, id est arbitrium, censeretur populus; Liv. IV, 8. cui arbitrium formulae censendi subjiceretur; und dazu Non. Marc. p. 355. G.: censere et arbitrari veteres cognatione quadam socia ac similia verba esse voluerunt, ſowie den daſ. citirten Varro, de vita P. R. lib. II.: itaque, quod hos arbitros instituerunt populi, censores appellarunt; idem enim valet censere et arbitrari; und *Rerum humanarum* [de Re rustica] lib. 20.: Quod verbum censeo et arbitror idem poterat ac valebat. Vergl. auch Non. Marc. p. 182. G. s. v. censere.

39) Vergl. Keller, röm. Civilproc. Note 120.

niam, quae ex computatione colligitur, deponat, atque ita pronunciet, libertatem ex causa fideicommissi deberi,

während in Bezug auf die erste Berufsthätigkeit der Richter in den bonae fidei judicia, den actiones in bonum et aequum conceptae und den actiones arbitrariae als arbiter vom Magistrate bestellt wurde, daher diese Rechtssachen selbst als arbitria besonders benannt wurden[40]).

§. 26.

Allen den in §. 25. angegebenen Beziehungen der Berufsthätigkeit des arbiter, und zwar des compromissarischen, wie des vom Magistrate bestellten, liegt das gemeinsame Merkmal inne, daß die maaßgebende Norm, nach welcher der arbiter seine Entscheidung, das arbitrium in diesem Sinne oder den arbitratus zu bilden und abzugeben hat, die aequitas ist[41]), und daß

40) Savigny, System §. 218. 220. und Beilage XIII. unter X. fügt noch alle actiones honorariae den arbitria bei. Ihn verführt der Schein, daß auch bei diesen eine milde Beurtheilung obwaltet. Allein der Irrthum ist offenbar; denn als arbitria characterisiren sich nur die Klagen, bei denen der Richter dem Gebote der aequitas Gehör zu geben hat; bei den actiones honorariae aber, als actiones in factum conceptae normirt im Allgemeinen nicht der Richter, sondern der Magistrat das Rechtsverhältniß nach Maaßgabe der aequitas. Vielmehr ist der Richter gerade bei den actiones honorariae im Allgemeinen in seinem Ermessen äußerst beschränkt, ja in noch höherem Maaße, als bei jeder anderen Klage. Denn bei den actiones in jus conceptae wird bloß in der demonstratio die Thatsache designirt, durch deren Subsumtion unter irgend welchen Rechtssatz die in der intentio ausgesprochene Folgerung [oder deren Gegensatz] und dem entsprechend die Condemnation resp. Absolution sich zu ergeben hat, während jene Subsumtion selbst dem Richter überlassen bleibt und seinem Ermessen unterliegt. Dahingegen bei den actiones in factum hat der Richter einzig und allein die Existenz des ihm zur Untersuchung aufgegebenen Thatumstandes zu erforschen und je nach dem Resultat ohne alles Weitere, ohne jedes Ermessen und individuelle Urtheilen lediglich zu condemniren oder zu absolviren. Vergl. Rudorff zu Puchta, Institt. §. 165. Note xx. Hier also steht der Richter der Freiheit des arbitrium am fernsten, vergl. Puchta, Inst. §. 165. in fin. Andrerseits schließt Keller, Civilproc. Note 118. einen Theil der actiones arbitrariae von den arbitria aus.

41) Dies bedarf keines besonderen Beweises mehr, indem dieser theils in den in §. 25. mitgetheilten Stellen, theils in §. 76. gegeben ist. Vergl. jedoch insbesondere noch Scaevola lib. 25. Dig. (l. 28. §. 2. D. de appell.

überdem dieſe aequitas in einer ausgedehnten Weiſe das ganze Gebiet der zur Entſcheidung zu bringenden Frage beherrſcht:

totius rei habet arbiter arbitrium et facultatem (ſ. Note 41.)

Vornämlich dieſer letztere Moment iſt es aber, auf welchen wir, wenn wir die Geſammtheit der Rechtsſtreitigkeiten allein in's Auge faſſen, das unterſcheidende Merkmal der arbitria im Gegenſatze zu den dieſen gegenüberſtehenden, κατ' ἐξοχήν judicia benannten Streitſachen zu ſtützen haben, indem wir dem Umſtande an ſich, daß überhaupt die aequitas maaßgebende Norm für eine Rechtsſtreitigkeit iſt, die Kraft abzuſprechen haben, das judicium in ein arbitrium zu verwandeln. Denn, wie wir bereits in §. 76. darlegten, finden ſich außer den bonae fidei judicia, den actiones arbitrariae und in aequum et bonum conceptae noch andere Streitſachen, bei denen die aequitas maaßgebende Norm der Entſcheidung wird, nämlich theils bei allen Klagen mit condemnationes infinitae und cum taxatione, theils bei denjenigen Rechtsverhältniſſen, wo die gegebene und zur Anwendung gelangende rechtliche Dispoſition noch richterlicher Seits zu fixiren und zu ergänzen iſt. Allein weil eine derartige Beſchaffenheit der condemnatio, wie andrerſeits der rechtlichen Dispoſition an und für ſich nur einen beſchränkten Wirkungskreis, eine lediglich ſpecielle Anwendung der aequitas eröffnete, ſo hat dieſe partielle Herrſchaft der Letzteren nicht Veranlaſſung gegeben, die Klagen von der angegebenen Beſchaffenheit für arbitria, den Richter für einen arbiter zu erklären, vielmehr bleiben ſolche Klagen judicia, und der Richter iſt judex, ſo lange nicht ein anderer Grund jene Beſonderheit der Bezeichnung bedingt.

---

49. 1.), Papinian. lib. 12. Quaest. (l. 12 D. rem pup. salv. 46, 6.), Arcadius et Honorius in l. 5. §. 2. C Th. de metat. 7, 8. (arbitrii aequitas), ſowie das Gloſſem bei Brisson. de Verb. Sign. s. v. Bonus vir §. 2.: Arbitratus ἀγαθοῦ ἀνδρὸς δοκιμασία. Paul. Diac. p. 15.: arbiter dicitur judex, quod totius rei habet arbitrium et facultatem. Seneec. de Bnef. III, 7. In welcher Modalität die Stellung der arbiter zur aequitas und deren Principien theoretiſch aufzufaſſen und zu begründen iſt, darüber iſt der Erforderliche bereits in §. 66. 75. init .76. bemerkt worden; vergl. auch oben §. 6. fin.

§. 27.

Ein völlig verſchiedener Sachverhalt waltet ob, inſoweit der Richter als bonus vir erſcheint und ſein Urtheil zum boni viri arbitrium oder arbitratus wird. Denn während im Gegenſatze des arbiter zum judex, wie der arbitria (als Rechtsſachen) zu den judicia die erſteren Ausdrücke eine Verſchiedenheit des Grundcharacters der Rechtsſachen vertreten und hervorheben, hierbei aber gerade die totale Herrſchaft der aequitas zum characteriſtiſchen Merkmale der arbitria wird, ſo greift das boni viri arbitrium bereits da Platz, wo überhaupt die Entſcheidung einer Frage nach Maaßgabe der aequitas erfolgt. Das Criterium jener arbitria und dieſes arbitrium iſt ſonach ein verſchiedenes, daher das Letztere auch außerhalb des Kreiſes jener auf dem Gebiete der judicia vorkommen kann und dann auch der judex i. e. S. zum bonus vir wird. Dies nun iſt der Fall bei actiones mit condemnatio infinita und cum taxatione, ſowie da, wo der Richter in der in §. 76. init. angegebenen Modalität die rechtliche Dispoſition zu ergänzen und deren Thatbeſtand zu fixiren hat, indem in dieſer Beziehung eben die aequitas leitende Norm auch für den judex i. e. S. wird.

Einen Beleg dafür, daß auch in einem judicium stricti juris, alſo in einem judicium i. e. S. der Richter in Bezug auf einen der hervorgehobenen Momente als bonus vir erſcheint, bietet Venulejus lib. 1. Stipul. (l. 137. §. 2. D. de V. O. 45, 1.):

> Cum ita stipulatus sum: „Ephesi dari?“ inest tempus; quod autem accipi debeat quaeritur? Et magis est, ut totam rem ad judicem id est ad virum bonum remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promisit.

Dagegen ein Beiſpiel, wo in einem judicium stricti juris des Urtheil des Richters bezüglich eines Punktes als boni viri arbitrium anerkannt wird, bietet Scaevola lib. 4. Respons. (l. 12. §. 1. D. de ann. leg. 33, 1.):

> Uxore herede scripta ita cavit: Libertis meis omnibus alimentorum nomine singulis annuos denarios duodecim ab herede dari volo, si ab uxore mea non recesserint. Quaero: quum paterfamilias sua voluntate de civitate difficile profectus sit, ea autem assidue proficiscatur, an liberti cum ea pro-

ficisci debeant? Respondi: non posse absolute responderi, qum multa oriri possint, quae pro bono sint aestimanda, ideoque hujusmodi varietatem viri boni arbitrio dirimendam esse.

Anderweite Beiſpiele ſ. Ulpianus lib. 79. ad Edict. (l. 1. pr. §. 3. 5. 6. D. ususfr. quemadm. exc. 7, 9.), Venulejus lib. 12. Stipul. (l. 4. D. eod.) §. 28. J. de rer. div. 2, 1. u. a. m. Vergl. Nov. 89. c. 12. §. 6.

Dieſe Stellung des Richters als bonus vir dürfte in's Auge gefaßt und bezeichnet ſein durch den Ausdruck bonus judex, der ſich bei Celsus lib. 3. Digest. (l. 38. D. de R. V. 6, 1.) und bei Ulpianus lib. 28. ad Edict. (l. 3. §. 3. D. commod. 13, 6.) vorfindet.

§. 28.

Die nämliche Beziehung zur aequitas, welche der Bezeichnung viri boni arbitrium inwohnt, liegt auch dem einfachen arbitrium, arbitratus, arbitrari inne, demnach auch dieſe Ausdrücke die Stellung des Richters als bonus vir bezeichnen.

Dieſe Beziehung wird nicht allein ausdrücklich anerkannt, ſo von Ulpianus lib. 57. ad Edict. (l. 17. §. 5. D. de inj. 47, 10.):

„Arbitratu judicis“ utique quasi viri boni,

ſowie lib. 28. ad Sabin. (l. 22. §. 1. D. de R. J. 50, 17.):

Generaliter observandum est, ubicunque in bonae fidei judiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris ejus conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse;

ſondern ſie erhellt auch theils daraus, daß die actiones arbitratiae lediglich durch die der Proceßformel derſelben eigenthümliche Clauſel „neque arbitratu tuo restituet“ zu arbitria im Sinne von §. 26. ſich geſtalten, indem ſie durch dieſe Formel in eine ausgedehntere Relation mit der aequitas treten[42]), theils aus den Beziehungen, in welchen jene Ausdrücke in Hinſicht auf die richterliche Thätigkeit ſich vorfinden. Hierüber ſind namentlich zu vergleichen wegen arbitrium judicantis: Paulus lib. 5. Sentent.

---

42) Vergl. §. 76., ſowie §. 31. J. de action. 4, 6. und Ulpianus in lib. 27. ad Edict. (l. 4. §. 1. D. de eo quod certo 13, 4.) und Gloss. bei Brisson. s. v. Bonus vir §. 2. ſ. Note 41.; vergl. hierzu auch die oben citirte Stelle aus Ulpian. lib. 57. ad Edict.

(l. 45. §. 10. D. de j. fisc. 49, 14.); wegen arbitrium judicis: Gajus lib. 9. ad Edict. prov. (l. 3. D. de eo quod certo loc. 13, 4.), Ulpianus lib. 33. ad Edict. (l. 24. §. 6. 7. D. solut. matrim. 24, 3.), lib. 73. ad Edict. (l. 10. §. 20. D. quae in fraud. 42, 8.), lib. 1. ad Edict. Aedil. curul. (l. 31. §. 13. D. de aedil. ed. 21, 1.), Paulus lib. 11. ad Edict. (l. 18. pr. D. de dol. mal. 4, 3.); wegen arbitratus judicis: Gajus lib. 4. ad Edict. prov. (l. 10. §. 1. D. quod. met. c. 4, 2.), Ulpianus lib. 30. ad Edict. (l. 5. §. 2. D. depos. 16, 3.), lib. 51. ad Edict. (l. 68. D. de R. V. 6, 1.); wegen arbitrari: Ulpianus lib. 25. ad Edict. (l. 12. §. 5. de relig. 11, 7.), Marcianus lib. sing. ad hyp. form. (l. 16. §. 4. D. de pign. 20, 1.); weitere Belege ſ. bei Brisson, de V. S. s. vv.

§. 29.

Endlich dem Ausdrucke officium judicis wohnt von Vorn herein eine über das Gebiet des arbitrari hinausgehende Beziehung inne, indem das officium die geſammte Amtsthätigkeit des Richters im Gegenſatze zum officium jus dicentis umfaßt. Da jedoch das officium judicis dann vornämlich hervortritt, wenn daſſelbe in dem arbitrari ſich geltend macht, da diesfalls eine größere Selbſtſtändigkeit und Freiheit im Urtheile dem Richter zukommt, ſo wird das officium judicis vornämlich in den Beziehungen hervorgehoben, wo dem Richter ein arbitrium zuſteht. Vergl. Papinianus lib. 9. Quaest. (l. 24. D. depos. 16, 3.), Ulpianus lib. 76. ad Edict. (l. 4. §. 3. D. de dol. exc. 44, 4.); Paulus lib. 6. Respons. (l. 47. D. de act. emt. 19, 1.), lib. 7. Resp. (fr. Vat. §. 94.), lib. 16. Resp. (l. 15 D. de usur. 22, 1.), lib. 9. ad Edict. (l. 7. D. de neg. gest. 3, 5.), lib. 11. ad Edict. (l. 18. pr. D. de dol. 4, 3.); ſowie lib. 5. Respons. (l. 54. pr. D. loc. 19, 2.), lib. 9. Respons. (l. 58. pr. D. ad S. Trebell. 36, 1.), Hermogenianus lib. 2. Juris Epitom. (l. 49. §. 1. D. de act. emt 19, 1.)[43]) u. a. m.

43) In den letzten drei Stellen macht ſich die beachtenswerthe Anſchauung geltend, daß weil die Zinsverbindlichkeit erſt in Folge der Concurrenz der concreten Umſtände entſtanden iſt, die Zinſen nicht der Obligation ſelbſt inliegen und nicht aus dieſer hervorgehen, ſondern erſt von Außen her zu jener hinzutreten, indem ſie durch den Richter auf Grund ſeines Officium hinzugefügt werden.

Dagegen ohne ſpecielle Beziehung auf ein arbitrium findet ſich officium judicis z. B. bei Pomponius lib. 10. Epist. (l. 55. D. de act. emt. 19, 1.), lib. 5. ad Qu. Mucium (l. 22. §. 2. D. de usu et habit. 7, 8.).

Beilage VIII.

Ueber den Doſitheus.

---

§. 1.

Wie immer wir in dem vorliegenden Theile unſeres Werkes beſtrebt geweſen ſind, das geſammte einſchlagende Quellenmaterial in möglichſt erſchöpfender Weiſe zuſammenzuſtellen, ſo konnte doch ein für unſere Lehren in der That nicht unbeachtliches Werk keine Berückſichtigung finden: die ſogenannte disputatio forensis de manumissionibus des Doſitheus. Die Gründe dieſer Uebergehung ergeben ſich aus dem Zuſtande, in welchem jenes Werk uns überliefert iſt: der Hinweis hierauf rechtfertigt unſer obiges Verfahren um ſo mehr, als wir hierbei auf den Vorgang anerkannter Autoritäten uns zu beziehen vermögen. Da jedoch andrerſeits wiederum ein vollſtändiger Verzicht auf eine überlieferte Quelle uns widerſtreben würde, ſo haben wir die Betrachtung des einſchlagenden Theiles des doſitheiſchen, Werkes in die gegenwärtige Beilage verwieſen, ein Verfahren welches wiederum darin ſeine Rechtfertigung findet, daß ebenſowohl die von uns gewonnenen Reſultate Fingerzeige für die Reſtitution und Emendation des vom Doſitheus überlieferten Textes bieten, wie andrerſeits auch dieſer Text wiederum Beweisgründe für die Richtigkeit jener unſerer Reſultate enthält.

Die Erörterungen über das obbezeichnete Werk concentriren ſich aber auf zwei Punkte: zunächſt auf die Feſtſtellung des einſchlagenden Textes, ſodann auf die Unterſuchung über die Quelle, welche in dem obigen Werke uns überliefert wird. Beide Fragen, in der innigſten Beziehung zu einander ſtehend, werden, die erſtere in §. 2 — 4., die letztere in §. 5. u. 6. ihrer Erledigung näher geführt werden.

§. 2.

Bezüglich der Restitution des von Dositheus überlieferten Textes hat zuerst Lachmann's critisches Genie den richtigen Weg vorgezeichnet, den die Textescritik einzuschlagen hat. Diese Richtung selbst ergiebt sich aus folgenden Sätzen, welche im Wesentlichen bereits Lachmann in seinem Versuche über Dositheus, Berlin, gedruckt im Juni 1837, pag. 3—8 aufgestellt und begründet, oder beziehentlich wenigstens angedeutet hat:

1. Dositheus gab in dem obbezeichneten Theile seiner Ἑρμηνεύματα (wahrscheinlich dem fünften Buche derselben) einen lateinischen Originaltext, welcher in seiner Hand eine weitere Veränderung nicht erfahren hat, als daß Dositheus einestheils das ihm vorgelegene Werk excerpirte, anderntheils Uebergänge einfügte, welche dem Originaltexte fremd waren;

2. Neben diesen lateinischen Originaltext stellte Dositheus eine selbstgefertigte griechische Uebersetzung desselben;

3. Im Verlaufe der späteren Zeiten erfuhren die von Dositheus gegebenen beiden Texte weitere Verarbeitungen, indem von Späteren der dositheische griechische Text wieder in das Lateinische zurückübersetzt, der dositheisch-originale lateinische Text aber selbstständig anderweit in das Griechische übersetzt wurde. Diese späteren lateinischen, wie griechischen Uebersetzungen, von Unkundigen und Schülern gefertigt, enthalten mannichfache sprachliche, ebensowohl aus einem slavischen Anfügen an die Worte des zu übersetzenden Textes, wie aus Unkenntniß der einen Sprache selbst hervorgegangene Fehler, und in diesem, aus solcher wiederholter Ueberarbeitung hervorgegangenen, material mangelhaften Zustande ist uns selbst jener textus bilinguis überliefert worden;

4. Zu diesen materialen Fehlern gesellen sich die formalen Mängel, die, bei allen Handschriften sich vorfindend, in Auslassungen und Lücken, Wortversetzungen, Einschiebungen von Glossemen und dergl. bestehen.

Sonach kommt bei dem dositheischen Werke ein dreifacher Text in Frage:

a. der lateinische Originaltext;

b. der lateinische und griechische Text des Dositheus;

c. der doppelsprachliche Text der späteren Verarbeiter.

Der unter a. bezeichnete Text insbesondere ist aus dem uns überlieferten lateinischen, wie griechischen Texte zu erkennen, und von den unter 3. bezeichneten materialen, wie von den unter 4. angegebenen formalen Entstellungen zu befreien, endlich auch von den unter 1. hervorgehobenen dositheischen Zusätzen abzulösen.

Diesem Thatbestande gegenüber muß es nun als ein Verkennen der Aufgabe gelten, wenn die Critik das Ziel sich setzt, die formalen Mängel zu beseitigen und den Text in der Weise herzustellen, wie er aus den Händen der Uebersetzer oder letzten Bearbeiter hervorging. Denn abgesehen davon, daß es diesfalls an einem genügenden Criterium dafür mangelt, ob ein in den Handschriften sich vorfindender Fehler dem Abschreiber oder dem Bearbeiter zur Last fällt; daß diesfalls ferner der Text auch mit den von seinen Bearbeitern herrührenden Fehlern herzustellen ist, hierfür aber wiederum aller und jeder Maaßstab mangelt; so kann es endlich auch für unsere Wissenschaft ein nur ganz untergeordnetes Interesse haben, zu erkennen, in welcher Form die uns vorliegenden Textesrecensionen aus den Händen ihrer letzten Bearbeiter hervorgingen, oder in welcher Weise Dositheus selbst den lateinischen Originaltext übersetzte.

Vielmehr kann die wichtigste und maaßgebende Aufgabe der Critik nur darin gefunden werden, den lateinischen Originaltext selbst zu restituiren.

§. 3.

Die Restitution des von Dositheus benutzten lateinischen Originaltextes hat ihre vornämliche Aufgabe, die theils den Abschreibern, theils den späteren Bearbeitern zur Last fallenden Fehler zu beseitigen, namentlich in der Weise anzustreben, daß der uns überlieferte lateinische, wie griechische Text in je die andere Sprache so oft zurückübersetzt werde, bis ein Text gewonnen ist, der als der lateinische Originaltext uns gelten kann, oder wenigstens in möglichst vollkommener Maaße dem Letzteren sich annähert. Da nun solche Manipulation vornämlich in den Geist der späteren schülerhaften Uebersetzungen der beiden dositheischen Texte sich zurückzuversetzen, die verschiedenen Metamorphosen, welche die Letzteren erfahren haben, bevor sie die uns überlieferte Gestalt gewannen, sich zu vergegenwärtigen,

ſomit im Allgemeinen dieſen Verwandlungsproceß bis rückwärts zu ſeinem erſten Ausgange von Doſitheus ſelbſt gewiſſermaaßen zu reproduciren hat, ſo entſteht, indem der Blick dieſen Ueberſetzungen und Rücküberſetzungen zweiter und ſpäterer Hand ſich zuwendet, die Frage, ob uns Hülfsmittel geboten ſind, welche jenes reſtitutive Verfahren unterſtützen.

Ein derartiges Hülfsmittel giebt bereits Lachmann an die Hand, indem derſelbe l. c. p. 6. Note ** und p. 7. auf die anderweiten uns überlieferten Handſchriften griechiſchen und lateiniſchen Textes hinweiſt [1]), dieſe aber einen Blick in das bei ſolchen Wechſelüberſetzungen angewendete Verfahren geſtatten. Weit wichtiger noch ſind jedoch die griechiſch-lateiniſchen und lateiniſch-griechiſchen Wörterbücher, welche aus dem Alterthume ſelbſt uns überliefert ſind. Denn ſelbſt wenn auch nicht gerade die auf uns überkommenen Lexica den Verarbeitern der doſitheiſchen Texte als Hülfsmittel gedient haben ſollten, ſo verſetzen uns doch dieſelben in die Lage, ebenſowohl im Allgemeinen ein Urtheil über die Beſchaffenheit der litterariſchen Hülfsmittel zu fällen, nach denen jene Ueberſetzungen erfolgten, als insbeſondere auch bezüglich des einzelnen Ausdruckes mit größerer Sicherheit deſſen verſchiedenfache Umwandelungen zu verfolgen. Hierdurch gewinnen ſomit für uns eine ganz beſondere Wichtigkeit jene an ſich ſchon wohlbeachtlichen griechiſch-lateiniſchen und lateiniſch-griechiſchen Gloſſen, welche, aus dem Alterthume uns überliefert, zuerſt von Stephanus im J. 1573 als Nachtrag zu ſeinem thesaurus linguae graecae und nach ihm im J. 1600 von Bonaventura Vulcanius in ſeinem thesaurus utriusque linguae herausgegeben, ſodann aber vermehrt und umgeſtellt worden ſind von Carolus Labbäus, herausgegeben, ſowie mit einer Sammlung von Emendationen verſehen: cura et impensis Ludovici Billaine, Lutet. Paris. 1679.

1) Außer den von Lachmann gegebenen Citaten können als Beiſpiele dienen die Lobſprüche, deren Abdruck in der Vorrede der von Labbäus geſammelten Gloſſen ſich vorfindet, ſowie die alte lat. Ueberſetzung der Fragmente aus Modest. lib. de Excus.; vergl. Kriegel, ant. vers. lat. fr. e Modest. lib. de exc. Lips. 830. und dazu Herrmann, in Zeitſchr. f. geſch. Rechtsw. VIII. p. 368. Auch die griechiſchen Bearbeitungen lateiniſcher Werke gehören in gewiſſer Beziehung hierher, wie die Paraphraſe des Theophilus, die Baſiliken, der Harmenopul u. a. m.

Die wichtigste Bedeutung gewinnen jedoch in dieser Beziehung die griechisch-lateinischen und lateinisch-griechischen Glossen, welche von Dositheus selbst verfertigt und im ersten und zweiten Buche seiner Ἑρμηνεύματα, sowie im letzten Buche derselben unter der Ueberschrift περὶ συναναστροφῆς veröffentlicht, excerptweise von Stephanus und Vulcanius deren obbezeichneten Werken eingefügt [2]), von Labbäus unter der Bezeichnung E oder e seinen Glossarien eingeordnet worden [3]), und bezüglich deren weitere Berichte und resp. Mittheilungen gegeben sind von Valckenarius, Miscell. Observ. Vol. X. p. 112—114., Böcking, Dosith. Mag. Interpret. p. XIII. XVII. sq. 89. sq., wie von Dübner, Beitrag zu den griechischen Wörterbüchern im Rhein. Museum für Philol. II. Jahrg. 3. Heft 1834. p. 599. ff. Vornämlich diesen Glossarien des Dositheus selbst müssen wir aber die höchste Wichtigkeit für die anzustrebende Textesrestitution um deßwillen beimessen, weil dieselben nicht allein den Schlüssel enthalten, nach welchem Dositheus selbst diesen Urtext in's Griechische übersetzte, sondern auch dieselben präsumtiv mehrfach von den späteren Uebersetzern benutzt worden sind. Um so mehr haben gerade wir es zu bedauern, daß bis jetzt weder ein vollständiger Abdruck der Interpretamenta des Dositheus erfolgt ist, noch auch die uns überlieferten griechisch-lateinischen und lateinisch-griechischen Glossen im Allgemeinen in einer geeigneteren Form herausgegeben worden sind [4]).

§. 4.

Indem wir nunmehr zur Restitution des Originaltextes der für unseren gegenwärtigen Gesichtspunkt allein relevanten ersten Paragraphen des in Frage stehenden Abschnittes des dosithe-

---

2) Vergl. Stephanus, Glossaria duo etc. 1573. Praefatio altera.

3) Vergl. Cyrilli, Philoxeni aliorumque veterum Glossar. a Car. Labbaeo coll. 1679. 4. u. 5. Seite der praefatio.

4) Vergl. auch Ottfr. Müller, Praef. ad Festum p. XXXIV. Vollständig ungerechtfertigt ist das Urtheil, welches Böcking l. c. p. XVII. über die Glossen des Dositheus dahin abgiebt: nullius pretii mihi videtur hoc glossarium esse. Die Werthschätzung, welche ein Scaliger, Cujacius, Turnebus, Salmasius, Brissonius u. A. derartigen Glossen zu Theil werden ließen, konnte füglich zu einer anderen Anschauung hinleiten.

ſchen Werkes verſchreiten, ſo geben wir zunächſt den, lediglich auf dem Voſſiſchen oder Sangalliſchen Codex beruhenden, handſchriftlichen griechiſchen und lateiniſchen Text dieſer Paragraphen, und laſſen ſodann unſere darauf geſtützte Reſtitution des Originaltextes folgen. Endlich fügen wir die von Lachmann l. c. p. 8. sq. gegebene, von Böcking in Domitii Ulpiani quae vocant fragmenta, 4. Auflage. Lipsiae 1855, pag. 159. 160. abgedruckte Reſtitution des Originaltextes nebſt den ebendaſelbſt erſichtlichen, neueſten Böcking'ſchen Emendationen bei.

Der handſchriftliche Text lautet, inſoweit wir dies nach der von Böcking im Corp. jur. Antejust. Bonnens. gegebenen Ausgabe zu beurtheilen vermögen, folgendermaaßen:

παν γαρ δικαιον η πολιτικον προσαγορευεται η φυσικον λεγεται η εθνικον δικαιον απο τουτου γαρ ωνομασθη και παντα τα εθνη ομοιως τουτου εισιν κεχρεμενα ο γαρ καλον και δικαιον εστιν παντων ευχρηστια συμφωνει το δε δικαιον πολιτικον κυριον εστιν Ρωμαιων και απο τουτων ειρημενον επειδη ημετερα πολις ταυτη τη αληθεια χραται αλλ. ε νφοι τουτο ειναι α. παντες πολιταις. ιδιοις προλεγουσιν η. μιξονι. μερι συμφερι εισιν γαρ οι και παρεδοσαν υποστασιν δικαιοσυνης. ειναι. πλιονα τουτονδε τον αφορισμον αληθεστερον ειναι παρεδοσαν οσα εν τη αρχη ειπαμεν.

omne enim justum cum jure aut civile appellatur aut naturale dicitur vel nationis aut gentile justum ab eo enim nominatur et omnes nationes similiter eo sunt usae quod enim bonum et justum est omnium utilitati convenit se. quod autem justum civilem proprium est et romanisorum et ab eis dictum quoniam nostra civitas ea veritate utitur sed quidam hoc esse quod omnes civibus suis praedicent aut majore paris expedit sunt enim qui et tradiderunt quantitam just. esse plurima hanc autem definitionem veriorem esse tradiderunt, quae initio diximus.

Hiernach reſtituiren wir den Originaltext, jedoch unter Hinweis darauf, daß wir möglicher Weiſe auch hierin nur ein Excerpt vor uns haben, folgendermaaßen:

§. 1. Omne enim jus [5]) aut civile appellatur aut naturale [6]) aut gentium [7]).

§. 2. Jus gentium [8]) ab eo enim nominatur, quod omnes [9]) gentes [10]) similiter eo sunt usae.

§. 3. Quod autem naturale dicitur [11]), bonum et aequum [12]) est et omnium utilitati convenit.

---

5) Jus — δίκαιον; δίκαιον — justum Labb.; ſo ſchon Schilling, Lachm. u. A. Auf jus weiſt das cum jure im lat. Text hin. Justum für jus gehört der ſpäteren Kaiſerzeit an, ſo Sulpit. Vict. J. O. p. 286. Capp.: naturale justum.

6) Wegen der Auslaſſung von dicitur und λέγεται, welches der lat. u. griech. Text bietet, ſ. unten Note 11.

7) δίκαιον τῶν ἐθνῶν ſcheint nicht üblich geweſen zu ſein, vielmehr lediglich δίκαιον ἐθνικόν. So ſagt auch Theophilus immer nur entweder jus gentium oder δίκαιον ἐθνικόν. Aus der letzteren Bezeichnung ward in der Ueberſetzung gentile jus (justum); auf jus gentium deutet nationis justum im lat. Text: ἔθνος — natio Labb. Jus gentium reſtituiren bereits Schilling, Lachm. und Frühere.

8) Daß im Urtext [jus] gentium zweimal hinter einander ſtand, darauf deutet vielleicht der lat. Text: vel nationis aut gentile justum bin, während im griech. Text die Spuren davon verwiſcht ſind.

9) quod für et ſetzt bereits Böcking in Dosith. Interpret., während Schilling ὅτι für καί. Mir ſcheint quod unentbehrlich, obgleich ich den Uebergang aus quod und ὅτι in ein et und καί nicht anders zu erklären weiß, als daß aus der Sigle für quod ein et, und aus dieſem wiederum καί wurde.

10) Gentes iſt dem nationes im lat. Text bei Weitem vorzuziehen: ſo ſchon Schilling. Gentes — ἔθνη, ἔθνη — nationes Labb.

11) Eine Definition des jus naturale iſt ebenſowohl bezüglich des Urtextes an ſich unentbehrlich, noch kann ſie in dem Excerpte des Doſitheus gefehlt haben. Ich erblicke deren Spuren in dem obigen Paragraphen und erkläre die gegenwärtige Faſſung des überlieferten Textes folgendermaaßen: Der lat. Text lautete von Born herein: quod autem naturale dicitur, bonum et aequum est et omnium utilitati convenit; der griech. Text entſprechender Maaßen: ὃ δὲ φυσικὸν λέγεται, καλὸν καὶ δίκαιόν ἐστι καὶ πάντων εὐχρηστίᾳ συμφωνεῖ. Das naturale dicitur und φυσικὸν λέγεται ward jedoch mit §. 1. in Verbindung geſetzt, deſſen lateiniſcher Text, wie oben angegeben, und deſſen griech. Text dahin lautete: πᾶν γὰρ δίκαιον ἢ πολιτικὸν προσαγορεύεται ἢ φυσικὸν ἢ ἐθνικὸν δίκαιον. So nun nahm §. 1. die Faſſung an: omne enim jus aut civile appellatur aut naturale dicitur aut gentium, und πᾶν γὰρ δίκαιον ἢ πολιτικὸν προσαγορεύεται ἢ φυσικὸν λέγεται ἢ ἐθνικὸν δίκαιον. Darauf deutet hin, daß

§. 4. Sed[13]) jus civile proprium est civium Romanorum[14]) et ab eis dictum, quoniam nostra civitas eo revera[15]) utitur. Sed quidam hoc esse, quod omnibus[16]) civibus propriis[17]), aiunt[18])

---

das dicitur, wie λέγεται in §. 1. als beſchwerlich ſich erweiſt. Dagegen §. 3. lautete nunmehr: quod autem bonum et aequum est et omnium utilitati convenit, und: ὃ δὲ καλὸν καὶ δίκαιόν ἐστι καὶ πάντων εὐχρηστίᾳ συμφωνεῖ. Die offenbare Corruptel des Sinnes, welche dieſe Faſſung ergab, ward nun von ſpäterer Hand ſcheinbar beſeitigt, indem quod autem in quod enim und ὃ δέ in ὃ γάρ verwandelt, dagegen das et vor omnium und das καὶ vor πάντων ausgelaſſen ward. So entſtand der vorliegende handſchriftliche Text. Gleichzeitig ward jedoch auch das originale quod autem erhalten, indem es vor justum civilem geſtellt und ſo wiederum in eine nach der gegenwärtigen Texteſsfaſſung ſinnloſe Verbindung gebracht ward.

12) καλός — bonus; δίκαιον — aequum oder δίκαιος — aequus Labb. So deutet der griech. Text auf den Urtext, während das überlieferte lateiniſche bonum et justum echtes Küchenlatein iſt.

13) τὸ δὲ δίκαιον weiſt auf sed jus hin; die Spuren dieſes sed finden ſich in se zwiſchen convenit und quod autem. So bereits Lachm. Vielleicht hat auch der Codex nicht se, ſondern s' d. i. sed.

14) Ῥωμαῖοι für cives Romani ſagt bereits Theophilus, ſo pr. §. 1. de Nupt. 1, 10. §. 1. quib. mod. jus 1, 12. Vergl. auch wegen Ῥωμαῖοι Bähr, Geſch. der röm. Litteratur 3. Aufl. §. 6., du Cange, Glossarium, s. v.; endlich auch Labb. Den latein. Text betreffend, ſo ſteht oder ſtand vielleicht in dem Codex ſtatt des ſinnloſen et vor romanisorum vielmehr cr d. i. civium Romanorum, während hinter romanisorum dann eine Paraphraſe dieſes Ausdruckes ſich bergen würde.

15) revera — τῇ ἀληθείᾳ — veritate; dieſe Metamorphoſe liegt nahe, und kann zwar nicht durch Labb., wohl aber durch Theophilus belegt werden, welcher §. 5. quib. mod. jus 1, 12. τῇ ἀληθείᾳ im Sinne von revera oder vere gebraucht. Eo ward nun von veritate, τούτῳ von τῇ ἀληθείᾳ attrahirt, ſo daß ea veritate und ταύτῃ τῇ ἀληθείᾳ zu Tage kam; vergl. Böcking im C. J. Antejust. Bonn. — Beiläufig bemerke ich, daß das handſchriftliche χρηται keinesfalls in χρῆται umgewandelt werden darf; denn auch die Gloſſen des Labb. haben χρᾶται für utitur.

16) Omnibus für omnes ſetzen bereits Böck, Lachm. und Frühere.

17) Civibus suis ſcheint mir unerträglich; das Gloſſ. des Doſith. (und Labb.) giebt: ἴδιον, proprium, suum, daher civibus propriis nahe liegt.

18) Wegen quidam aiunt, putant und dergl. vergl. Brisson de V. S. s. v.; quidam praedicunt, wie der latein. Text ergiebt, iſt der juriſtiſchen Sprache der Periode fremd, welcher das Originalwerk angehört.

aut majori parti[19]) expedit; sunt autem[20]), qui et tradiderunt[21]), summam[22]) justitiae esse. Plurimi[23]) hanc autem definitionem veriorem esse[24]), quam[25]) initio diximus.

Endlich die von Lachmann gegebene Reſtitution, welche ich der bequemeren Vergleichung wegen beifüge, lautet:

§. 1. Omne enim jus aut civile appellatur aut naturale[26]).

§. 2. Jus naturale dicitur, vel gentium, — — — justum.

---

19) Majori parti haben bereits Böck. Lachm.

20) Sunt enim und εἰσὶν γάρ ergiebt eine entſchieden unrichtige Verbindung; am Angemeſſenſten erſcheint mir quoque, da auch das quoque — et durchaus nicht anſtößig iſt. Allein näher liegt autem, inſofern das δέ griech. Textes ſehr leicht in δή, hierdurch beſtimmt aber das autem in enim übergehen und in Folge deſſen wiederum das γάρ in den griech. Text kommen konnte. Vergl. Labb.

21) Tradere in dieſem Sinne findet ſich namentlich bei Pomponius lib. 2. ex var. Lect. (l. 11. D. de D. R. 1, 8.) und lib. sing. Ench. (l. 2. §. 2. u. §. 35. D. de O. J. 1, 2.).

22) Quantitas justitiae, welches noch Lachm. aufrecht hält, erſcheint mir unbedingt verwerflich. Ich halte summa justitiae für den geeignetſten naheliegenden Ausdruck. Denn summa und quantitas — ποσότης, Labb.; wahrſcheinlich fand ſich nun in irgend welchem Glossar. auch: substantia — ποσότης; substantia aber wiederum — ὑπόστασις, nach Labb. und ſo auch Theoph. §. 2. quib. mod. alien. 2, 8.

23) Das plurima zu quantitam (und πλειονα zu ὑπόστασιν) zu ziehen, wie Lachm. will, ſcheint mir bedenklich. Plurimi und πλείονες liegt jedenfalls näher.

24) Die Wiederholung von tradiderunt und παρέδοσαν an dieſer Stelle iſt zu läſtig, als daß nicht anzunehmen wäre, dieſelbe beruhe auf handſchriftlicher Verwirrung. Jedenfalls würde daher ein anderer Ausdruck vorzuziehen ſein, wie z. B. plurimis, plerisque placet, placuit, plerique, plurimi putant, putaverunt, magis placet. Allein das Angemeſſenſte iſt wohl, überhaupt eine Auslaſſung des regierenden Verbi anzunehmen, wie ſich dies z. B. findet bei Pomponius lib. 11. ad Sabin. (l. 21. pr. D. de acqu. dom. 41, 1.), lib. 32. ad Sabin. (l. 4. pr. D. p. suo 41, 10.).

25) Quam für quae bereits Böck. Wahrſcheinlich ward quam ſinnlos mit ὅσα (vergl. Labb.: tam et quam — τοσοῦτον, ὅσον) und Letzteres wiederum ebenſo ſinnlos mit quae überſetzt.

26) Böck.: Omne enim jus aut civile appellatur aut naturale dicitur aut gentium.

ab eo enim nominatur, et[27]) omnes nationes[28]) similiter eo sunt usae. quod enim bonum et justum est, omnium utilitati convenit.

§. 3. Sed jus civile proprium est civium Romanorum et ab eis dictum, quoniam nostra civitas ea severitate[29]) utitur. sed quidam hoc esse tradiderunt quod omnibus civibus aut majori parti expedit: sunt enim qui et jus praedicent quantitatem justitiae esse[30]) plurimam, hanc autem definitionem veriorem esse [tradiderunt] quam quae initio diximus.

§. 5.

Wenden wir uns nun zu der Frage nach dem Verfaſſer des vom Doſitheus überſetzten lateiniſchen Originalwerkes, ſo begegnen wir in Bezug hierauf den verſchiedenfältigſten Anſichten.

Zunächſt Schilling, Dissert. crit. de fragm. jur. Rom. Dosith. P. I. p. 47. erblickt in der von Doſitheus überlieferten Abhandlung eine Compilation aus den Werken verſchiedener Juriſten. Ohne indeß auf die von Schilling zur Unterſtützung dieſer ſeiner Anſicht beigebrachten Gründe — welche mir nicht genügend erſcheinen — im Einzelnen einzugehen, glaube ich ſolche An-

27) Böck.: Jus gentium autem ab eo nominatum est, quod. Dem nominatum est, worauf ὠνομάσθη hinweiſt, iſt das nominatur des lat. Textes unbedingt vorzuziehen wegen des Parallelismus mit appellatur und dicitur.

28) Böck.: gentes.

29) Ea severitate läßt ſich an ſich wohl vertheidigen; denn abstracta pro concretis finden ſich in den juriſtiſchen Quellen dieſer Periode mehrfach, ſo z. B. Pomponius bei Ulp. lib. 57. ad Edict. (l. 9. pr. D. de inj. 47, 10.) Gaj. I, 53. u. ö. Severitas könnte daher als abstractum für strictum jus ſtehen, worüber vergl. §. 68. Note 526., ſomit ea severitate für eo stricto jure. Allein das Herbeiziehen des strictum jus erſcheint mir ungeeignet. Böck.: eo jure proprio, woraus dann: ea proprietate ward; allein dieſe Conjectur ſcheint mir ohne äußere, wie innere Berechtigung zu ſein.

30) Böck. ſagt: locus corruptus aut id expressisse videtur, quod Paul. L. 11. D. tit. cit. 1. 2. „quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est jus civile", aut id quod Ulp. l. 6. pr. D. eod. „Jus civile est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium id est civile efficimus." Der Sinn dieſer Annahme iſt mir jedoch in mehrfacher Beziehung noch unklar.

nahme bereits durch den Hinweis darauf zurückweisen zu dürfen, daß mit Ausnahme der lexicalischen Parthie der Interpretamenta des Dositheus alle übrigen Stücke dieses Werkes entschieden nicht als Compilationen zu gelten haben, schon dieser Umstand aber es als unglaubhaft erscheinen läßt, daß gerade das juristische Stück jenes Werkes aus verschiedenen Schriften zusammengetragen sei. Vielmehr liegt es nahe, daß Dositheus das Werk eines der angesehensten Juristen seiner Zeit excerpweise mittheilte und übersetzte, ohne sich der Mühe einer für einen Nichtjuristen stets höchst gewagten Compilation zu unterziehen.

Cujacius und Spätere dagegen haben die Urheberschaft jenes Originalwerkes dem Ulpianus beigemessen, eine Annahme, welche durch Schilling gründlich und genügend widerlegt ist[30a]). Andere wiederum haben an Gajus, als den Autor gedacht[31]), dabei jedoch die innere Unmöglichkeit solcher Annahme übersehen, welche darauf beruht, daß einestheils Gajus die trichotomische Eintheilung des Rechtes in ein jus civile, naturale und jus gentium nicht anerkennt, und selbst bei der dichotomischen Eintheilung seine Theorie nicht auf den Gegensatz eines jus naturale und civile, als vielmehr eines jus gentium und jus civile stützt; anderntheils aber auch die Definition vom jus civile bei Gajus völlig verschieden lautet von der vom Verfasser des Dositheischen Bruchstückes gegebenen Definition[31a]).

Lachmann endlich l. c. p. 18. hat in Paulus den Verfasser des in Frage stehenden Originalwerkes vermuthet. Allein abgesehen von den chronologischen Bedenklichkeiten solcher Annahme, welche Lachmann selbst sich nicht birgt, so können wir dieselbe auch um deßwillen als unrichtig mit Bestimmtheit zurückweisen, weil die Definition von jus civile, als jus quod omnibus civibus propriis aut majori parti expedit sachlich identisch ist mit der von Paulus in lib. 14. ad Sabin. (l. 11. D. de J. et J. 1, 1.) gegebenen Definition, welche das jus civile als Recht hinstellt, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est. Da nun der Verfasser des Dositheischen Bruchstückes nicht allein

30a) Vergl. Schilling l. c. p. 37 sq.

31) Vergl. Schilling l. c. p. 38.

31a) Vergl. auch Schilling l. c. p. 45. fin. sq.

dieſe Definition verwirft, vielmehr die Erklärung: proprium civium Romanorum als angemeſſener vorzieht, ſondern auch die Vertreter jener von Paulus adoptirten, anderweiten Definition durch quidam bezeichnet, ſo kann auch Paulus unmöglich der Verfaſſer des in Frage ſtehenden Originalwerkes ſein, weil ſonſt derſelbe ebenſowohl ſeine eigenen Lehrſätze verwerfen, wie auch ſich ſelbſt durch quidam ajunt einführen würde.

§. 6.

Um zu einer angemeſſeneren Beſtimmung bezüglich des Verfaſſers des in Frage ſtehenden Originalwerkes zu gelangen, erſcheint es nothwendig folgende Leitpunkte ſich zu vergegenwärtigen:

a) der Verfaſſer ſchrieb vor 207 p. C. — als auf welches Jahr Doſitheus ſelbſt in ſeinen Interpretamenta im Eingange zu dem Stücke aus der Genealogia Hygini hinweiſt, — ſowie nach Julianus, — da dieſer bereits in dem in Frage ſtehenden Doſitheiſchen Werke (§. 17. L.) citirt wird;

b) das juriſtiſche Werk, welches Doſitheus mittheilte und überſetzte, führte den Titel Regulae, worauf Doſitheus ſelbſt hinweiſt, indem er in §. 5. L. ſagt:

Regulas enim exsequenti mihi, etc.
τοὺς γὰς κανόνας ἐπεξιόντι μοι, κ. τ. λ.

c) der Verfaſſer des Originaltextes war ein zu Anfang des 3. Jahrhunderts p. C. in Anſehen ſtehender Juriſt, wie theils daraus ſich ergiebt, daß Doſitheus überhaupt ein Werk deſſelben zur Bearbeitung wählte, theils daraus, daß Paulus demſelben in einzelnen Punkten ſich anſchloß, vergl. unten §. 7.

Da nun, wie bemerkt, Gajus, Paulus und Ulpianus als Verfaſſer des Originalwerkes nicht anerkannt werden können, von den übrigen Verfaſſern von Werken Regularum aber Neratius in eine zu frühe, Licinius Ruſinus, Marcianus und Modeſtinus dagegen in eine zu ſpäte Zeit fallen, ſo führen die obigen drei Momente darauf hin, entweder in des Pomponius lib. sing. Regularum oder in des Cervidius Scaevola libri quatuor Regularum das von Doſitheus mitgetheilte und verarbeitete Originalwerk anzuerkennen.

Dieſes alternative Reſultat glauben wir als ein höchſt wahrſcheinliches hinſtellen zu können. Als zweifelhafter dagegen erkennen wir die Entſcheidung der Frage an, welches jener beiden Werke Regularum den Doſitheiſchen Interpretamenta zu Grunde liegt, da die Anhaltepunkte hierfür in der That nur ſchwach ſind. Dennoch meinen wir, uns für Pomponius entſcheiden zu dürfen, da wir in dem Doſitheiſchen Texte verhältnißmäßig ſehr zahlreichen Citaten von Autoritäten begegnen (in § 12 L.: Proculus, in §. 14.: Octavenus, in §. 17.: Julianus und Neratius Priscus, in §. 20.: die prudentes), gerade hierin aber eine Eigenthümlichkeit des Pomponius im Vergleiche mit Scaevola, bei dem ſolche Citate verhältnißmäßig ſelten ſind, zu finden iſt, anderntheils aber auch, wie bereits Schilling l. c. p. 53. bemerkt, gerade Pomponius unter allen röm. Juriſten derjenige iſt, welcher, namentlich in den die Manumiſſion betreffenden Fragen, den Octavenus am häufigſten citirt. Dagegen habe ich aus Parallelſtellen[32]) einzelnen Ausdrücken u. dergl. ein mir genügendes Argument zu gewinnen nicht vermocht.

Somit erkennen wir in Pomponius lib. sing. Regularum das durch Doſitheus überlieferte Originalwerk an, welches von dem

32) Eine Parallelſtelle bietet z. B. zu §. 18. L. Scaevola lib. 4. Respons. und die Nota des Paulus dazu (l. 26. D. qui et a quib. manum. 40, 9.). Hierbei bemerke ich zugleich, daß die von Pithou aufgeſtellte, von Schilling, Böcking und Lachmann gebilligte Lesart: nisi si oder nisi forte solvendo sit, falſch iſt. Denn solvendo esse heißt immer nur zahlungsfähig ſein, auf die Solvenz des Pfandſchuldners aber kann bei der Frage, ob die von demſelben vorgenommene Manumiſſion des verpfändeten Sclaven rechtsbeſtändig ſei, Nichts ankommen, wie dies auch Paulus bezeugt in l. 39. ad Edict. (l. 3. D. de manum. 40, 1.): servus pignori datus, etiam si debitor locuples sit, manumitti non potest. Wohl aber iſt entſcheidender Moment für jene Frage, ob der Schuldner die Schuld zahlt und ſomit das Pfand löſt. Dies beſagt die oben citirte l. 26. D. und dies muß auch der Sinn von §. 18. cit. ſein. Uebereinſtimmend hiermit weiſt auch der lateiniſche Text der Scaligerſchen Handſchrift: nisi si solvendum non sit (Voss: nisi forte adcredendum sit) auf ein nisi si forte solvendus sit hin, wo dann solvi im Sinne von liberari zu faſſen iſt. Allein der lateiniſche Text ſcheint mir überhaupt dem Urtexte ferner zu ſtehen als der griech. Text, welcher ει μη προς αποδοσιν η (Voss.) oder ει μη ου προς αποδοσιν (Scal.) bietet, namentlich da ἀπόδοσις im Gloss. Graeco-Latin. des Dositheus ſelbſt mit luitio überſetzt iſt.

Letzteren excerpirt, im Uebrigen aber im lateinischen Originaltext, wie in griechischer Uebersetzung unter Einfügung der nothwendigen Uebergänge herausgegeben ward.

§. 7.

Vergegenwärtigen wir uns schließlich noch die Resultate, welche wir aus einer Vergleichung des in §. 4. von uns festgestellten Textes von lib. sing. Regularum des Pomponius mit den Ergebnissen der in dem gegenwärtigen Theile unseres Werkes geführten Untersuchungen gewinnen, so finden wir, daß

1) dadurch die in §. 90. unter C. von uns aufgestellte Ansicht bestätigt wird, daß auch Pomponius das jus naturale und aequum et bonum in eine innigere, und zwar, wie sich aus §. 3. des Textes (nach der von uns angenommenen Paragraphirung) ergiebt, in eine systematische Verbindung gebracht habe; ferner
2) daß Paulus sowohl die in §. 90. unter A. festgestellte Verbindung von jus naturale und aequum et bonum von Pomponius oder einem noch früheren Juristen, wie auch die in §. 90. unter A. angegebene Definition vom jus civile von einem Juristen entlehnte, der älter war, als Pomponius; endlich
3) daß Pomponius den particulären Character des jus civile nicht vom Gesichtspunkte der comparativen Jurisprudenz, sondern der Herrschaft des Rechtes über das Subject auffaßte (vergl. §. 83.), dagegen das jus gentium in jener Modalität characterisirte, von der wir es in §. 81. für zweifelhaft erklären mußten, ob dadurch die nationale oder die personale Gemeingültigkeit des jus gentium bezeichnet werden sollte.

Alle diese Beiträge zu den von uns behandelten Lehren sind immerhin beachtungswerth genug bei dem trümmerhaften Zustande der Quellen, aus denen wir unsere Kenntniß von der Behandlung jener Lehren Seitens der röm. Jurisprudenz schöpfen.

Druck von J. S. Wassermann in Leipzig.